5.



JESUS, MARIA, JOSEPH, JOACHIN, Y ANA.

DISCURSO JURIDICO

POR

EL EXC.MO SEÑOR D. JUAN ANTONIO DE PALAFOX, Y ZUñIGA,

Marques de Ariza, y Guadaleſt, Almirante de Aragon, y por ſus Acreedores cenſaliſtas.

EN EL PLEYTO

Que pende en la Real Audiencia de eſta Ciudad,

CON

EL EXC.mo SEñOR DON ANTONIO FERNANDEZ de Hixar, Duque de Lecera, Conde de Belchite.

SOBRE

LA REPETICION DE LAS PENSIONES VENCIDAS DE UN Cenſo de 17ʒ y 200.lib. de principal.

HECHO.

Mihi faveat Trinitas in ſcriptis provida ſemper.

1 DON Iſidro Thomàs Folch de Cardona, precedente Almirante de Aragon, Marques de Guadaleſt, contraxo legitimo Matrimonio, in facie Eccleſię, con Doña Elvira de Navarra, hija de Don Melchor de Navarra, y Rocafull, Duque de la Palata, y de Doña Franciſca Torralto, y Aragon; y ſe le conſtituyeron en dote 124.mil peſos, eſcudos de plata, de los quales los 90.mil, fueron los miſmos que el referido Don Melchor de Navarra, por el teſtamento, que otorgò en la Ciudad de los Reyes del Pirù, à los 15. de Noviẽbre del año 1690. le mandò á dicha Doña Elvira, para quando tomaſſe eſtado de caſada, formando de ellos vinculo perpetuo regular, à favor de los hijos, y deſcendientes de la miſma, y á falta de eſtos, à favor de los hijos, y deſcendientes de Doña Secilia de Navarra, y Aragon, hermana del inſtituidor; y de eſte modo ſe le hizo la conſtitucion dotal al referido Don Iſidro Thomàs Folch de Cardona, Almirante de Aragon, como parece de las capitulaciones matrimoniales, que ſe eſtipularon en la Corte, y Villa de Madrid, al primero de Junio del año 1692. y ſe hallan en el pleyto al fol. 135.

2 Efectuòſe inmediatamente el matrimonio, y deſpues à los 9. de Agoſto de dicho año 1692. el referido Don Iſidro Thomàs Folch de Cardona, Almirante de Aragon, Marquès de Guadaleſt, otorgò una eſcritura de cenſo à favor de dicha Doña Elvira de

Na-

Navarra su consorte, de 17ʒ200. lib. de principal, que confessò aver recibido de la susodicha, hypotecando para su seguridad, los rentos dominicales de dicho Marquesado de Guadalest, & aliundè, & generalitèr, todos sus bienes, drechos, y acciones de qualquier calidad, como es de ver por la escritura que se halla al fol. 43.

3 Passados 65. dias, à los 14. de Octubre del mismo año 1692. compareciò ante la Justicia Civil de esta Ciudad, Joseph Inglada, Escrivano, y en nombre de dicho Don Isidro Thomàs Folch de Cardona, Almirante de Aragon, y còn la narrativa de que èste se empeñò en 17. mil y 200. lib. para los gastos precissos de dicho matrimonio, y suponiendo que esta cantidad la satisfizo de dinero de la dote de dicha Doña Elvira su consorte, y que por esta razon otorgò à su favor el mencionado cargamiento de censo; concluyò pidiendo, que en atencion à lo referido, y à la utilidad que al Marquesado de Guadalest se le seguia de dicho cargamiento, interpusiesse en èl su autoridad, y judicial decreto, declarando, que los successores en dicho estado, y vinculo de Guadalest, quedassen obligados perpetuamente à la satisfacion; y con efecto, precediendo sumario informativo, se proveyò assi por dicho Justicia Civil, con acuerdo de sus Assessores, à los 16. dias del mes de Octubre, segun la copia del decreto, que se halla al fol. 30.

4 El dicho Conde de Belchite pretende averle pertenecido el mencionado censo, como à successor de la dote de dicha Doña Elvira de Navarra, y del fideicomisso que de parte de aquella formò el referido Don Melchor de Navarra, padre de la susodicha; y que el Marques de Ariza, como à actual posseedor del Marquesado de Guadalest, estaria obligado à satisfazerle.

5 A esta pretension se han opuesto los Acreedores censalistas de dicho Marquesado, y el Almirante actual, impugnando el censo, por medio de diferentes nulidades, y con el motivo, de que de qualquier modo, siendo notoria su anterioridad, y cobrando diminutamente sus creditos, en virtud de las concordias, que tienẽ estipuladas con los antecedentes, y con el referido actual Almirante de Aragon, no pudo cargarse posteriormente en su perjuizio; y que en todo caso, deveria sujetarse à las concordias, maximè aviendo sido citado personalmente para la ultima que se estipulò; y aunque insiste el referido Conde de Belchite, en que el censo es legitimo, y tambien la accion que deduce para el reintegro del todo de sus pensiones, procurarà fundarse lo contrario en en este papel, para lo qual se dividirá en tres puntos.

6 En el primero se hará patente, que el censo que Don Isidro Thomàs Folch de Cardona, precedente Almirante de Aragon, Marques de Guadalest, cargò à favor de Doña Elvira de Navarra su consorte, y el decreto con que posteriormente se autorizò, fueron absolutamente nulos, y que no pudieron inducir accion, ò drecho cõtra el Marquesado de Guadalest, ni contra sus successores.

7 En el segundo se convencerá, que aun, caso negado, que el censo estuviesse legitimamente impuesto, y obligados à su responsion los posseedores del Marquesado de Guadalest, cobrando todos los Acreedores anteriores de éste, diminutamente sus creditos, en conformidad de diferentes concordias, deveria sujetarse à ellas el Conde de Belchite de necessidad.

8 Y en el tercero, y ultimo se propondrán, y satisfarán los argumentos contrarios.

PUNTO I.

QUE EL CENSO QUE DON ISIDRO Thomàs Folch de Cardona, precedente Almirante de Aragon, Marques de Guadaleſt, cargò à favor de Doña Elvira de Navarra ſu conſorte; y el decreto con que poſteriormente ſe autorizò, fueron abſolutamente nulos, y que no pudieron inducir accion, ni derecho contra el Marqueſado de Guadaleſt, ni contra ſus ſucceſſores.

9 PRincipio es ſabido, è indubitado en Drecho, que los contratos que no ſean vicitudinarios, y reciprocos, no pueden ſubſiſtir inter virum, & uxorem, *text. in leg. Quod autem, §. Vir, & uxor, ff. de donationib. inter.* Merlin. *de legitim. lib. 2. tit. 1. quæſt. 19. num.* 8. Cyriac. *cõtrov.* 181. *num.* 50. Craveta *conſ.* 245. *num.* 11. Urceol. *de tranſact. quæſt.* 29. *num.* 2. D. Joſeph de Rettes *de donationib. inter, per tot. tract. & præcipuè cap.* 5. Antunez *de donationib. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 4. Amaya *obſervat. lib.* 2. *cap.* 14. Antonell. *de tẽpore legal. lib.* 1. *cap.* 34. *num.* 36. *&* 37.

10 Y por eſſo la donacion inter coniuges, matrimonio conſtante, eſtà prohibida ipſo iure, *ne mutuo amore ſe ad invicem ſpolientur, ut ex titulis, ff. C. & extra de donationib. inter,* Faber. *lib.* 19. *coniectur. cap.* 3. Cujatius *obſervation. lib.* 6. *cap.* 18. *n.* 25. Oñate *de contractib. tom.* 2. *diſput.* 33. *num.* 12.

11 Y no ſolo la donacion, pero qualquier contrato, en que no aya conveniencia reciproca, es abſolutamente impermitido, maximè in præiudicium tertij, porque entonces preſume la ley, que ſe hizo animo fraudandi, como conſta de la *authent. de qualitate*

do-

dotis, §. Aliud, ibi: *Et ne contingat augmentum non ipsa fieri veritate, & ne viri creditores circumscribat. Leg. Qui in Provincia, §. Divus, ff. de ritu nuptiar. leg. Post contractum, ff. de donationib.*

12 Segun lo qual parece, que el cargamiento de censo, que constante matrimonio, otorgò D. Isidro Thomàs Folch de Cardona, Almirante de Aragon, Marques de Guadaleſt, á favor de Doña Elvira de Navarra su consorte, no pudo subsistir, ni contra el successor del Marquesado de Guadaleſt, ni contra sus Acreedores censalistas, pues es tanta la eficacia con que el Drecho desestima, y reputa por sospechosas semejantes obligaciones, que ni aun pueden causar perjuizio creditoribus futuris, & posterioribus; Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 27. num. 12. & tit. 20. num. 37.* Francisco de Angelis *de confessionib. quæst. 8. limit. 6. num. 55. &* 80. Merlin. *decis. 652. num. 3.* Burat. *decis. 108. num. 4. & decis. 925. num. 1. &* 2.

13 A todo este argumento se pretende ocurrir por la parte contraria, con el decreto que se subsiguiò, y autoridad judicial que interpuso el Justicia Civil al cargamiento de censo; pero sin embargo, no queda mejorada su justicia, pues aunque se confiessa, que segun la mas recibida opinion, no es forzoso que el decreto preceda al acto, y que se puede posteriormente interponer, segun el *cap. Cum nos, de hiis, quæ fiunt à maiore parte Capituli; cap. Si qua, de rebus Eccles. alien. vel non, cap. Cura, de iur. patronat. l. 1. C. de tutorib. & curatorib.* Valeron *de transact. tit. 4, quæst. 2. num. 18.* Vivius, *decis. 130. num. 1.* Mieres *de maioratib. part. 4. quæst. 2. num. 168.* Castill. *controv. lib. 5. cap. 89. num. 206.* Salgad. *in labyrinth. part. 1. cap. 31. num. 5.*

14 Es igualmente constante en drecho, que el de-

decreto,que ſe obtiene para la confirmacion de un contrato, no puede darle à eſte nuevo ſer, ſi ſolo autorizarle talem qualem invenit, ſegun el *cap. inter dilectos de fide inſtrument. leg. Tutor ſi petitus. 10. ff. de tutorib. & curatorib. leg. Seie, 26. ff. eodem,* Ancarran. *conſ. 207. in quæſt. ſuper addita num. 7.* Socin. Iunior. *conſ. 41. lib. 2. num. 17. & ſeqq.*

15 Eſto ſupueſto como á indefectible, ſe harà patente, que el decreto de que ſe habla, no ſolo confirmò, y autorizò el cargamiento de cenſo, como verdaderamente fue eſtipulado, ſi que le añadiò nuevo ſer, nuevas circunſtancias, y formalidades; para cuya comprobacion ſe tranſcribirà à la letra el contexto de dicha eſcritura de cargamiẽto de cenſo, que otorgò dicho Don Iſidro Thomàs Folch de Cardona, á favor de dicha Doña Elvira de Navarra ſu conſorte, ſolo en quanto à las hypotecas, y obligacion de bienes, que es como ſe ſigue.

16 Habla de las 17ǂ 200. lib. de principal, y dize aſsi: *Quos vobis, & veſtris onero, carrico, impono, & aſſecuro ſpecialitèr, & expreſsè, ac etiam generalitèr in, & ſuper iura dominicalia Villarum, & Locorum Marchionatus de Guadaleſt, in Regno Valentiæ, ac ſuper omnibus, & ſingulis bonis, & iuribus meis præſentibus, & futuris, mobilibus, & immobilibus, &c.*

17 De modo, que ſegun la mencionada expreſsion, ſolo quedaron obligados los rentos del Marqueſado de Guadaleſt, ſin comprehenderſe las propriedades, ni vinculo alguno para los ſucceſſores; pues aunque ſe ſubſigue la general obligacion, èſta no es cõprehenſiva illorum bona, quæ ſunt prohibita alienari, como debia conſiderarſe dicho Marqueſado de Guadaleſt para el referido D. Iſidro Thomàs, en q̃ no tenia libre diſpoſicion, por ſer bienes de mayorazgo,

y,

y fideicomisso; *text.in cap.1.de prohibit. fæud. alienat.* Alexand. *conf.2. n.2.& conf.124. num.8. lib.4.* Bald. *in leg.1. C.quæ res pignor.obligat.poss.*Mantic. *de tacit. & ambig.tom.1.lib.11.tit.4.num.17.*

18 Y por esso providamente dixo, q̃ solo obligava los drechos, y rentos dominicales de dicho Marquesado de Guadaleſt, q̃ es de lo q̃ unicamente podrà disponer, durante su vida, segun el text.*in leg. final, §. Sin autem, C.communia de legat.leg.Peto, §.Fratre, ff.de legat.* 2.Castillo *de alimentis, cap.36. §.1.n.4.* Cardin. de Luc. *de fideicommiss. decis.170. n.8.* Molina *de primog. lib.4. cap.1. per tot.* D. Leon *decis.37. num.* 12. Roxas *de incompatib.part.5.cap.6.num.9.*

19 Siendo pues, regulada; como và dicho, la referida escritura de censo, á la obligacion de los rentos del Marquesado de Guadaleſt, y á la general, en que no pudo ète comprehenderse, por ser bienes de fideicomisso, como se ha fundado al num. 17. se nota en el decreto, con que posteriormente se pretendiò autorizar, la notabilissima extension de que quedassen obligados à dicho censo perpetuamente las propriedades de dicho Marquesado, y los successores en èl; cuya particularidad no expressada, ni comprehendida en el cargamiento, es de notoria insubsistencia, y en quanto à ella, contiene el decreto indubitable nulidad, pues yá se ha visto, que no pudo dar nuevo ser al contrato, sino es confirmarle, prout erat in se, sin otras circunstancias tan diversas, y gravatorias; DD. citati *num.*17. & amplius D.Salgad.*de Reg.protection. part.2.cap.14.num.*20. Gratian.*discept.669.num.8.*

20 Fundase esta Jurisprudencia, en que es proprio de qualquier confirmacion, *nihil de novo dare, sed totum confirmare actum intra eius limites, & effectus,* segun el text. *in leg.1. §.Si quis, ff. ut legator. nomin.*

min.caveat, leg.Si legati, ff.de legatis, 1. *leg. Si ſtipulatus, §.Verum, ff.de uſuris, leg.Aurelius, §. Teſtamento, ff.de liberat.legat. leg. fin. C. de non numerata pecunia,* Antunez *de donationib. tom.* 1.*part.* 2.*lib.* 1. *cap.*7. *num.*29.*&* 30. Cardinal.de Luca *de benefic.diſc.*139. *num.*4.*de teſtament.diſcurſ.*56.*num.*6.*& de fæud.diſc.* 60.*num.*11. Solorçan. *de iure Indiar.lib.*2.*cap.*19. *& cap.*29.*num.*46. Amiden.*de ſtyllo datar.cap.*15. *n.*40.

21 Quien lo expreſſa de la miſma conformidad, es el ſeñor Larrea en la *allegat.*73.*per tot.& ſignantèr num.*4. ibi : *Confirmationis enim natura nihil de novo dat, ſed confirmatũ firmat intra eius limites, & effectus.* Y Don Juan del Caſtillo *controverſiar. lib.*5. *cap.*89. *num.*202. ibi: *Atque ita confirmationis natura eſt dare robur confirmato, non autem illud extendere, vel augere extra quam in eo continetur, nec ei quidquam de novo tribuere, ſed tantum approbare in ſuis terminis.*

22 Luego ſi en el cargamiento de cenſo ſolo ſe reconocen obligados los rentos del Marqueſado de Guadaleſt, & generalitèr todos los demàs bienes de Don Iſidro Thomàs, que fue el cargador, es claro, que el ſubſiguiente decreto, que ſe obtuvo, no pudo inducir obligacion perpetua contra las propriedades de dicho Marqueſado,ni contra los ſucceſſores en èl, aſsi porque en la general obligacion no quedò comprehẽdido, como porque el decreto judicial no puede añadirle circunſtancias, ni nuevas formalidades al acto, que confirma, ſegun ſe ha viſto con patente demoſtracion.

23 Hazela mas indubitable, lo que en eſte particular, y con los miſmos terminos, que ocurren, eſcrive el ſeñor Don Franciſco Salgado *in labyrinth. part.*1. *cap.*31. *per tot.* y con eſpecialidad en el *n.*17. dõde deſpues de aver opueſto, y esforçado la contra-

ria opinion, dize assi: ibi: *His tamen, & alijs minimè refragrantibus, contraria opinio, & vera, & certior est, ut scilicet, facultas superveniens in approbationem, & confirmationem obligationis factæ bonorum suorum omnium, à possessore maioratus, non comprehendat bona ipsius, nec ad ea protrahi possit, quoniam bona maioratus in illo obligationis instrumento, nominatim non erant obligata, & per consequens, nec contenta, nec comprehensa in obligatione, quoniam sub obligatione generali omnium bonorum, facta per debitorem, non includuntur, nec comprehensa intelliguntur bona maioratus, fæudi, seu alia quævis prohibita alienari.*

24 Y esto se funda, ademàs de las razones que se han ponderado, en que segun doctrina de Baldo *in leg. Falsus, num.3. Cod. de furtis*, el decreto, y la confirmacion, no son actos, que por sì subsisten, si precissamente adherentes à otro acto; y por esso deven regularse à los limites del que se pretende autorizar, *quia in contractibus ommissum habetur pro ommisso; leg. Quidquid adstringenda, ff. de verbor. obligat. leg. unic. §. Sin autem, ff. de caduc. tollend.* Surdo *decis. 195. num. 11. & cons. 127. num. 61.*

25 Con cuyos fundamentos, el mismo señor Salgado *dict. cap. 31. num. 15. in fine*, confirma su dictamen con estas palabras, ibi: *Ergo ad bona maioratus, quæ in instrumento non nominantur, nec sub obligatione generali omnium bonorum comprehenduntur, protrahi non potest confirmatio Principis. Idem Baldus in leg. nominationis circa fin. Cod. de appellat. dicens: Quod cum confirmatio semper supponat aliquid priùs esse, quod confirmetur, ideò confirmatio comensuratur ad illud, quod confirmatur, & non extenditur ultra quam actus confirmatus se extendit.*

26 Y en el numero precedente, ibi: *Tamen quoad*

ea,

ea, quæ in instrumento non leguntur, nec comprehenduntur, neque in corpore scripturæ continentur, confirmationis, & approbationis facultas non operatur, quia cadere non potest super non ente, & non entis nullæ sunt qualitates, nec qualitas stare potest sine subiecto; ergo facultas regia superveniens approbativa, & confirmativa illius obligationis bonorum, impossibile est comprehendere posse alia bona, quæ in instrumento, nec nominatim, nec virtualitèr insunt.

27 No parece, que pudieran buscarse palabras mas à proposito, para evidenciar la nulidad del decreto; y por consiguiente la insubsistencia de la obligacion, que en èl se quiso imponer perpetuamente á las propriedades del Marquesado de Guadalest, y à sus successores; y no solo fue vicioso el decreto en la referida extension, no convenida en el cargamiento, si que tampoco pudo autorizar, ni suplir el vicio del contrato, por ser hecho inter conjuges, constante matrimonio, respeto de que los decretos son individuos; y por esta razon, para su nulidad basta, que claudiquen en qualquier minima causa de las que se enuncian, y proponen para obtenerse; D.Salgad. *in in labyrinth. part.*2.*cap.*6.*num.*20.Anton.Gobius *consult.*71.*num.*133. Tristany *decis.*24.*num.*135.D.Leõ *tom.*2.*decis.*173.*num.*17.Cyroch.*discept.*67.*num.*77. Valençuel.*cons.*187.*num.*93.Simoncell. *de decret.lib.* 2.*tit.*6. *num.*58.

28 Y que en los actos individuos, lo util se vicie por lo inutil, consta del text.*in leg.*1.§.*Item quæritur, leg.*3. §. *Trebatius, ff. de aqua quotidiana, & æstiva, leg.Græcè, §.Illud, ff.de fideiussoribus*: y hablando de decretos, Barbosa *ad text.in leg.Et si Præses*, 5.*Cod.de pręd.& aliis reb.minor*. Cyriac. *controv.*303.*num.*70. Gratian *discept.*122.*num.*5. & *discept.* 691.*num.*32.
Si-

Simoncell. *de decretis tit.6. inspect.5. num.50.* & *60.* Caldas Pereyra *de empt.* & *vendit.cap.13.num.52.*

29 No solo padece dicho decreto la nulidad de aver extendido la obligacion,con nueva forma no comprehendida en el cargamiento, si que aliundè padeciò el vicio de subrepcion, y obrepcion, que es lo que por sì solo bastàra para su insubsistencia,segun el text. *in leg.Magis puto, §.penult. ff. de rebus eorum*, ibi: *Manet actio pupillo, si posteà poterit probare obreptum esse Prætori. Cap.Si motu de probat.in 6. cap. Postulante de rescriptis*, y Felino *in cap. Super litteris, 20.colum.6. in fin. num.8.eod.tit.* Simoncell. *de decretis lib.1.tit.1.num.29.* Mantic.*de tacit.* & *ambig. lib.4. tit.6.num.22.* & *30.*

30 Consta esta verdad por los mismos autos, pues examinado el decreto,que se halla al citado fol. 30. se reconoce, que aviendose obtenido para confirmar, y autorizar el precedente cargamiento de censo, pretendiendo por este medio, que quedassen perpetuamente obligados à responderle los successores del Marquesado de Guadalest, no se dixo, ni manifestò, que éste estava tan cargado de Acreedores, que deducidos sus gastos precissos,no bastavan todos sus rentos à la satisfacion, y que por esso se estavan pagando diminutamente por repartimiento, y concordia, segun resulta de la que ay presentada en los autos al fol.335.y el averse callado circunstancia tan substancial,al tiempo de impetrarse el decreto,le haze ciertamente subrepticio, porque explicada, se huviera detenido, y reflectado mas el Juez, segun lo dize Grat. *discept.283.num.7.*ibi: *Rescriptum est subreptitium non expressis his, quæ concedentem reddidissent difficiliorem ad concedendum rescriptum.*

31 Y en nuestro caso fuera indefectible no aver-

se concedido, pues serìa notable desproporcion, el permitir, que sobre el Marquesado de Guadalest, se cargasse un censo de 17ʒ200. lib. de principal, en el año 1692. quando entonces no bastavan todos sus rentos al pago de los Acreedores anteriores, que sobre sì tenia, como consta de la citada concordia; y si se callò esta verdad, al tiempo de impetrar el decreto, con la segura inteligencia de q̃ manifestandola, no se concederia, no puede dudarse que fue nula su concession, como obtenida subrepticiamente: asi lo expressa cõ infinitos Menoch. *de arbitr. cent. 3. casu* 201. *num.* 24. ibi: *His cognitis, dubitari nunc contingit, quæ sint illa, quibus in porrectis Principi, vel Iudici precibus suppressis, rescriptum viciatur: Scribunt nostri iuris Interpretes esse illa, quæ si expressa fuissent, Princeps, aut Iudex, vel non concessissent, vel difficilius saltem concessissent. Ex cap. Dudum de elect. cap. Super litteris, cap. Postulanti de rescriptis.*

32 De dos modos se concedian los decretos para vender bienes de fideicomisso, ò cargar sobre ellos censo, que es lo mismo, en consideracion de que *ille, qui non potest alienare, neque censum constituere*, segun asienta con infinitos Castillo *controvers. tom.* 4. *cap.* 35. *num.* 33. *& seqq.* En Castilla les concedia, y les concede la Real Camara, en nombre de su Magestad, *per viam dispensationis, in vim Regaliæ*: En el Reyno, se interponian, en tiempo de los passados fueros, *per viam interpretationis*, conjeturando, que supuesta la causa urgente, consintiria la enagenacion el Instituidor del fideicomisso, ita D. Math. *de regim. cap.* 11. §. 6. *num.* 59. *& seqq.* Castill. *de aliment. cap.* 36. *num.* 14. *& controv. tom.* 5. *cap.* 67. *num.* 57. Molina *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.* 3. *per tot.* Roxas *de incompatib. part.* 5. *cap.* 6. *num.* 83. *& seqq.*

33 Pe-

33 Pero que se concedan *per viam dispensationis, vel per viam interpretationis*, siempre ha de concurrir legitima causa, y deven expressarle al Principe, ò al Juez aquellas circunstancias sustãciales, que pueden facilitar, ò impedir la concession, aliàs el decreto es nulo, *sivè hoc contingat tacitè, vel expressè*, como se ha fundado, y consta del text. *in leg. Seiæ, 26. ff. de tutor. & curator. dat. leg. Error, ff. de iur. & fact. ignor.* Grat. *discept. forens. cap.* 914. *num.* 14. Scacc. *de re iudicat. gloss.* 14. *quæst.* 32. *num.* 21. & 24. *cũ seqq.* Cyriac. *controv.* 258. *num.* 13.

34 Luego à vista de que el Marquesado de Guadalest, yà no bastava para satisfacer à los Acrehedores antecedentes, se deve dezir, que ni el Principe, informado de esta verdad, concederia el decreto, ni el Juez, por la presumpta mente del instituidor, respeto de que la concession serìa ineficáz, *tamquam sine subiecto, & cadens super non ente*, maximè quando toda dispensacion es odiòsa, & strictè interpretanda; Dom. Leon *decis.* 169. *num.* 10. & 11. *tom.* 2. & *tom.* 3. *decis.* 36. *num.* 21. & 22. Angelo Spin. *consult.* 5. *num.* 636. y assi aviendose callado en el decreto, que no bastaya todo el Marquesado para satisfacer à los Acreedores anteriores, no puede negarse que le obsta el vicio de subrepcion; y que assi por esto, como porque diò nueva forma, no comprehendida en el cargamiento, que pretendiò autorizar, deve reputarse por nulo.

35 Ademàs de los vicios opuestos, padece otro de no menos consideracion el referido decreto, y para convencerle, se deve suponer, que las causas que en èl se alegaron, para que quedasse obligado al censo el Marquesado de Guadalest, consistieron en dezir, que las 17ʉ 200. lib. de que se formò, las avria expendido Don Isidro Thomàs en los gastos precissos de la

bo-

boda, que efectuò con dicha Doña Elvira, de quien tomò la referida cantidad, ſuponiendola parte de ſu dote, pues aunque no ſe duda, que los bienes de fideicomiſſo pueden enagenarſe, *in ſubſidium, pro ſolvenda, & reſtituenda dote, & etiam pro expenſis apparatus matrimonij, tam ſpiritualis, quam temporalis, ut ſentiunt communitèr DD. in authent. res quæ, Cod. cõmun. de legat.* & aliundè conſta del text. *in leg. Mulier, §. Cum proponeretur, ff. ad S. C. Trebelian.* Fontanell. *de pact. nupt. clauſ. 5. gloſ. 1. part. 2.* Caſtillo *de aliment. cap.* 36. Cardin. de Luca *de dote diſcurſ. 145. num. 60.* Solorçan. *de iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 14. & in politic. lib. 3. cap. 15.* Antun. *de donationib. tom. 1. part. 2. lib. 1. cap. 11. num. 94.*

36 No es abſoluta eſta Juriſprudencia, ſi regulada à los bienes de fideicomiſſo de aſcendiente, por ſer cierto, que los de tranſverſal no eſtàn obligados *pro expenſis apparatus matrimonij, nec pro conſtituenda, vel reſtituenda dote*; Cardin. de Luca *de dote diſcurſ.* 145. *num.* 60. Moſtazo *de cauſis piis tom. 1. lib. 1. cap.* 10. *num.* 32. Boſius *de dote tom. 2. cap. 16. num.* 197. Caſtillo *de aliment. cap. 36. num.* 30. Antun. *de donationib. tom. 1. part. 2. cap. 11. num.* 98. Petra *de fideicomiſſ. quæſt. 8. num.* 411. Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt. 531. n. 95. & 96.* Fontanell. *de pact. nupt. tom. 2. clauſ. 5. gloſ. 1. part. 2. num. 3. & 6.* Gratian *diſcept. 65. num. 11. &* 12. Meli *allegat. 5. num. 28. lib. 1. & in obſervat. ad Caſtill. cap. 36. num. 5.*

37 Veaſe àora el decreto, y en toda ſu contextura no ſe hallarà, que ſe aya alegado, ni probado, que el Marqueſado de Guadaleſt, ſobre que ſe quiſo imponer el cenſo, fueſſen bienes de vinculo de aſcendiente; ſin cuya circunſtancia no ſe deviò interponer, ni paſſarſe à la enagenacion, pues ſolo en los de eſta

eſ-

eſpecie pudo tener lugar, ſegun todos los DD. que comentan la referida *authent. res quæ, Cod. communia de legat.* y con eſpecialidad el ſeñor Molina *de primog. lib.4.cap.6.num.3.* donde aviendo propueſto los textos, que permiten la enagenacion de bienes de fideicomiſſo, *pro expenſis apparatus matrimonij, & pro conſtituenda, & reſtituenda dote*, dize aſsi: ibi: *Ut autem eorum iurium deciſsiones interpretemur, ſciendum eſt, ea iura, in his tantum, qui per lineam rectam ab ipſo teſtatore, qui fideicommiſſum reliquit, deſcendunt, intelligenda eſſe, nec in extraneis, ſed tranſverſalibus ab illo procedere.*

38 Lo miſmo ſiente Antonio Gomez ſobre la *ley 40. Tauri num.87.* en eſtas palabras, ibi: *Notabilitèr intellige, & declara, quod gravatus poſsit alienare ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias, &c. quando talis gravatus de iure teneretur dotare, vel donationẽ propter nuptias conſtituere, ut pro filia, vel filio, vel alijs deſcendentibus: Secùs vero eſt, ſi non teneretur, ut ſi eſſet mater gravata, quæ non tenetur de iure dotem, vel donationem propter nuptias conſtituere, & à fortiori frater, vel extraneus, quia tunc non poterit ex his cauſis alienare.* Argumento text. *in leg. Quibus liberos, ff. de ritu nuptiar. & in leg. fin. Cod. de dotis promiſ. & in expreſsè ita probat text. in dicta authent. res quæ, Cod. commun. de legat.*

39 No pàran aqui las nulidades del referido decreto, pues aliundè de las ponderadas, ſe reconoce otra, no menos ſubſtancial, y reſulta de la miſma inſpeccion del cargamiento de cenſo: veaſe ſu contextura, que ſe halla, como và dicho, al fol.43. y ſe hallarà, que la unica cauſa principaliſsima, y final, que manifeſtò, y expreſsò dicho Don Iſidro Thomás, precedente Marques de Guadaleſt, para tomar las

17ɥ 200. lib. de Doña Elvira de Navarra su consorte, consistiò en dezir, que tenia vendidas, y consignadas, en igual cantidad, las rentas de todos sus Estados, pagando interesses muy detrimētosos, à seguro de vida; consta del unico atento de la Escritura de cargamiento de censo, que dize asì: ibi: *Attendens, & considerans, me fructus, & redditus Statuum meorum venditos, & consignatos habere, in quantite decem & septem mille & biscentum librarum, pecuniæ Valentiæ, solvendo inter usura cum securitate vitæ, in magnum detrimētum meum: Ideò ad redimendum illa, gratis, & scientèr, cum hoc præsenti publico instrumento, vendo, & originalitèr onero, vobis Domnę Elviræ de Navarra, consorti meæ, ex quantitatibus per vos mihi in dotem constitutis, decem & septem mille & duscentos solidos, &c.*

40 Esto supuesto, parece, que aun con independencia de los vicios, que vàn ponderados, para que pudiesse subsistir la enagenacion, ò el cargamiento de censo, devian averse justificado dos cosas; esto es, la existencia de los supuestos empeños, consignaciones, y ventas de los rentos de los Estados, & aliūdè, que se redimieron de las 17ɥ200. lib. porque el que compra bienes de fideicomisso, pro solvendo hære alieno, ò por otra de las causas permitidas, deve procurar, para su seguridad, que el precio se convierta en los fines, que dieron causa à la enagenacion; text. *in leg. Civitas*, 27. *ff. Si certum petatur, leg. Magis puto, §. Ne tamen titulo, ff. de rebus eorum, leg. Non puto, §. Nō passim, ff. eodem*, Mieres *de maiorat.* 4. *part. quæst.* 26. *num.* 40. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 8. *tit.* 13. *num.* 2. Surd. *decis.* 156. Gratian *discept.* 45. *num.* 1.

41 Pues aunque algunos han sentido lo contrario, es quando en el decreto se le prescrive al comprador, forma especifica, para el modo del entrego del

pre-

precio, como quando; v.g. se le ordena, que le deposite en poder de cierta persona, para los fines, que motivan la enagenacion, en cuyo caso, cumple con el deposito, quamvis ex post facto, se convierta en diferentes usos, como lo sienten Molina *de Hispan.primogen.lib.4.cap.4.n.23.* Mieres *de maiorat.4.part. quæst.26.num.33.* Cardinal.Otthob.*decis.249.num.6.& 7.* Castill. *de aliment.cap.36.§.3.num.38.*

42 Pero quando en el decreto no se dá cierta disposicion, como en nuestro caso, y en el cargamiento de censo se dixo, que se tomavã las 17U 200. lib. para redimir los empeños, las consignaciones, y ventas de los rentos de los Estados, sobre que pagava interès à seguro de vida, es indefectible, que deviò constar de este supuesto, y subseguidamente, que por este medio, se redimieron los referidos perjuizios, aliàs no pudo obrar el decreto en daño de los successores del Marquesado de Guadalest; Amato *resolut.3.num.55.* Censius *de censib. quæst.15. num.37.* Surd.*decis.156. propè fin.* Sperel. *decis.154. num.99.* Paulo Meli *in observat.ad Castill.cap.36. §.3.num.2.* Rotta *decis.256.num.6.part.9. tom.1. & decis.465. num.24. part.9.tom.2.recentissimar.*

43 Luego no aviendo constado, ni de la existencia de los empeños expressados en el cargamiento, ni de la subseguida redempcion, no pudo causar perjuizio à los successores del Marquesado de Guadalest, ni à sus Acreedores censalistas, como à mas de los expressados en el cap. antecedente, lo difine Ripoll en el *cap.ult.num.376. y 377.* donde aviendo propuesto la opinion contraria, dize ass: ibi: *Ego autem non ita hoc indistinctè esse intelligendum censeo, sed cum hoc temperamento, ut quantum ad præiuditium venditoris censualis, & lucrum heredum attinet, ex sola narratio-*

ne,

ne, iuxta causa prædicta existente, mutuata illa pecunia legitimè censeatur, etiamsi mutuans non curet, quod illa pecunia effectualitèr deserviat ad finem, ad quem petita fuit. Si verò agatur deparando præiudicium tertiò, & ad hoc, quod tertijs creditoribus præiudicet, non sufficit, quod pecunia mutuetur ad dictum finem, etiam privilegiatum, sed necessarium est, ut effectualitèr convertatur ad opus, ad quod fuit mutuata, iuxta traddita per Ioseph Ludovic. decis.Perus.45.num.19.nam aliàs esset in manu cuiuslibet ex contrahentibus, alijs creditoribus præiudicare, quod non est admittendum. Lib.1. & toto tit. Cod.res inter alios acta, vel iudicata, alijs noscere non debet.

44 A más, que en nuestros terminos, ay otra razon irrefragrable, que evidencia la ninguna que assiste al Conde de Belchite, y resulta solo de averse subseguido el decreto à la enagenacion, eo al cargamiento de censo; pues aunque se dixo al num.13.que los decretos no es precisso, que precedan à los actos, si que se pueden posteriormente interponer, como consta de las doctrinas alli acordadas, y se comprueva del text.*in leg.Iubemus, ff.qui satis dare cogunt*, y de la doctrina de Paulo *in leg.Si quis filio exhæredato, §. Irritum, num.4. ff.de iniusto rupto*, en estas palabras, ibi: *Nam ex licentia concessa ad testandum illi, qui antea ad id erat inhabilis, censetur testamentum antea factum confirmari.*

45 Esto no tiene lugar en la enagenacion de bienes de fideicomisso, porque el posseedor, que la executa, contraviene á las condiciones del instituidor, *& ipso facto quæritur ius sequenti successori*; y este es el motivo, de que aunque se subsiga posteriormente el decreto, no puede convalidarse la enagenacion: assi lo siente D.Luis de Molina *de Hispanor.primog.*

*mog.lib.4. cap.5. num.*34. donde, aviendo propuesto la opinion contraria, dize estas palabras, ibi: *Sed veriùs est huiusmodi facultatem ad alienationem, seu hypothecam iam factam, extendendam non esse; cum iam ex alienatione, vel hypotheca, sit incursa pœna apposita adversus alienantem, & ius sequentibus in gradu acquisitum.*

46 Y aunque lo limita este Autor, quando el Principe concede la facultad, teniendo noticia de la precedente enagenacion, assegura, que en los mayorazgos, que comprehenden la clausula regular, de que si el posseedor vende, passen los bienes al inmediato, tiene lugar indistinctamente su opinion: asi lo dize al *num.*36.ibi: *Imò in maioratibus, ubi apposita est clausula, quod si possessor alienaverit, eo ipso, bona transeant ad sequentem, existimarem hoc indistinctè dicendũ esse: Nam sivè Princeps scientèr, vel ignorantèr, licentiam ad alienandum concesserit, non censetur ex illa iuri sequenti successori acquisito derogasse, quia in assensu regio ad alienandum concesso, numquam censetur iuri tertij derogatum.* Como es general en materia de privilegios; *leg.Ex facto in princip.ff.de vulg.& pupill.*Rot. *divers. decis.*240.*num.*3. & *decis.*451.*n.*6.*part.*1.

47 Sobre todas las nulidades expendidas, falta à ponderar la de mayor consideracion; y para convencerla, se deven suponer algunos antecedentes. Lo primero, que las causas que se proponen para obtener un decreto, deven probarse concluyentemente, aliàs serìa nulo de necessidad, como consta del text. *in leg. Minor, Cod.de prędiis, & aliis reb.*ibi: *Nisi apud acta, causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solemnitèr interponatur. Leg. Hæc quidquam, 9.§.Ubi decretum, ff.de offic. proconsul. leg.Oves, Cod. de prædiis minor. leg.Omnia, 71. leg.Ubicumque, 107.*

F *ff.*

ff.de regul.iur. Surd. *decis.*278. *num.*26. Math. *de regim.cap.*11. §.6.*num.*45.49.& 51. Menoch. *de arbitr. casu* 171. *num.*23. Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.*14.*num.*2. Math. *de regim.cap.*12.§.1.*num.*50.

48 Lo segundo, que la conservacion de los mayorazgos, y fideicomissos, redunda en beneficio de la publica utilidad, por dirigirse à mantener el esplẽdor de las familias, como consta de la doctrina de Molina *de Hispanor.primogen.lib.*1. *cap.*18. *num.*1. y por esso dize el mismo, *dicto cap. num. ult.* que las facultades para la enagenacion, se deven conceder rara vez, con urgentes motivos, y con gravissimo temperamento, en estas palabras, ibi: *Cum enim primogeniorum conservatio publicam utilitatem contineat, hę autem facultates ad eorum destructionem, & subersionem ordinentur, raro aut numquam, & non nisi ex magna, ac iusta causa, ac cum magno temperamento concedendæ sunt.*

49 Luego si en el decreto no cõcurrieron aquellas indispensables formalidades, y precissiones, que previene la ley, & aliundè no se probaron las causas propuestas, parece, que queda sobreabundantemente convencida su nulidad, pues de lo primero se ha hecho evidencia por lo hasta aqui convencido; y lo segundo se justifica de los mismos autos, respeto de que por ellos consta, que para probar las referidas causas propuestas en dicho decreto, solo se presentaron dos testigos, los dos Escrivanos de esta Ciudad; es à saber, Valero Pastor, y Vicente Clua, ambos Procuradores del mismo Don Isidro Thomàs Folch de Cardona, precedente Almirante de Aragon, en cuyo nombre se obtuvo dicho decreto; y el primero no menos; que con poderes generales, y amplissimos, segũ consta de las Escrituras de los folios 258. y 259.

en cuyos terminos deven reputarſe por teſtigos inhabiles, *ratione præſumptæ affectionis erga principalem*, como lo ſiente Farinac. *de teſtib.quæſt.60.num.17.*citando à Monticell. à Maſcardo, y otros.

50 Maximè quando ſe nota, que Valero Paſtor hizo ſubſtitucion del poder, à favor de Inglada, con eſcritura ante el miſmo,, para poder ſer teſtigo en el decreto, y eſto poco antes de obtenerle, à los 10. de Julio de dicho año 1692. lo que perſuade lo coluſivo; y para ocultar el fin, hizo ſubſtitucion general de todos ſus poderes, ſin neceſsidad, pues permanecìa, y permaneciò dentro de Valencia: y para gratificar à Vicente Clua, que avia de ſer, como fue, teſtigo en la informacion, y à Inglada, para que puſieſſe la inſtancia, les hizo la referida ſubſtitucion, ſiendo reparable, eſtraño, è iregular, que en tierra de tantos Abogados perìtos, y en materia de tanto interès, ſolo teſtificàran los dos Eſcrivanos, con la nota de Procuradores, de que reſulta ciertamente ſu inhabilidad; y porque las depoſiciones de ſemejãtes teſtigos, deven reputarſe como á hechas por el miſmo principal, reſpeto de que *per Procuratorem videtur dominus ipſe facere*, ſegun el text. *in leg. Ita autem*, 1. §. *Geſsiſſe, ff.de adminiſt.tutor. leg.1.verſic.Feciſſe, ff.de eo per quem factum eſt, leg. Item apud Labeonem, §.fin. ff. de injur. leg. Is damnum, leg.Hoc iure, §.1. leg. Quod iuſſu, ff.de regulis iur. cap. Qui facit, eod. tit.in 6.* con otros, que cita Anton.Gom. *in leg.45.Tauri num.91.*

51 Y que el Procurador no haga concluyente prueva, ſi ſolo algun genero de preſumpcion, lo ſiente dicho Farinac.*dict.quæſt.60. illat.5.num.ult.*ibi: *Licet Procuratoris depoſitio non plenè probet pro ſuo principali, facit tamen aliquam præſumptionem.* Remitiendoſe ſobre eſto, à lo que dixo *de teſte Advocato, al n.* 190.

190. y lo confirma Mascard. *de probationib. conclus.* 1357.*num.*1.2.3.& 4. reprobando las deposiciones de semejantes testigos, aunque sean hechas finito officio; idem tenens M.Anton.Sabelli *sum.divers. tract. verb.Testes,num.*1.

52 Y aunque algunos Autores quieren limitar el impedimento á las causas,en que el Procurador interviene, como à tal, no puede adaptarse esta limitacion á los terminos de nuestra contingencia; porque segun las Escrituras de los citados folios 258.y 259. hallandose dicho Valero Pastor, Procurador general del referido Don Isidro Thomàs, con amplissimas facultades, las substituyò, en quanto à los pleytos,à favor de Joseph Inglada, y de Vicente Clua,de los quales el primero puso la instancia para obtener el decreto, y el segundo, y el mismo Pastor sirvieron de testigos; con que al tiempo de deponer eran actu Procuradores; y si es corriente, que aunque el principal les revoque antes de deponer, no se reputan por testigos habiles, porque se entiende hecha in fraudem la revocacion,como lo siente Mascardo,citando una decission de la Rotta en la *conclus.* 1232.*num.*6.y Farinac. *dict.quæst.*60.*num.*209. ibi: *Amplia quartò dictam huius Sententiæ limitationis regulam, ut cedat etiã in Procuratore revocato, littependente, nam cum is in fraudem revocatus præsumatur, hoc ideò in testem non admittitur.* Comprobandolo con una gran colectanea de Autores; parece,que lo mismo deve dezirse de la substitucion otorgada por dicho Pastor.

53 Y lo resuelve el mismo Farinacio contra la autoridad de Baldo, al siguiente *num.*210. en iguales terminos de la substitucion de un poder, con estas palabras, ibi: *Et licet contra hanc quartam ampliationem censerit Bald. in dict. leg. Dictantibus, num.* 5. *Cod. de* *te-*

testament. ubi dixit, quod si Procurator vult testificari, aut alium substituat, vel faciat sibi revocari mandatum, non per hoc crederem, ab ea recedendum, cum, ut vides, communitèr recepta est.

54 A màs, que el referido Valero Pastor no puede dezirse tantum Procurador ad lites, en cuyos terminos hablan las doctrinas relacionadas, si que deve reputarse, como à Administrador general del Estado, que en este Reyno tenia dicho Don Isidro Thomàs, segun lo persuaden las amplissimas facultades del citado poder, y semejantes Administradores, & negotiorum gestores, no pueden indistinctamente ser testigos por sus principales, como lo funda el mismo Farinac. *dict. quæst.* 60. *illat.* 7. *per tot.*

55 Y de qualquier modo, aunque algunos capacitan al Procurador en los casos expressados, y quando es bonæ vitæ, & famæ, se entiende empero para las causas de poca entidad, y modico interès, como lo asienta el referido Farinac. *dict. quæst.* 60. *num.* 241. donde loquendo de Procuratore, dize asi, ibi: *Sed hanc limitationem intelligas, secundum ea, quæ de Advocato, dixi, supra num.* 195. en el qual lo regula, quando el assumpto es super re modica, & parvi momenti.

56 Luego si nos hallamos en terminos de sumo interès, como el que resulta de la perpetua oneracion de un censo de 17ʉ 200. lib. de principal, y sobre bienes de mayorazgo, en cuya conservacion se interessa la publica utilidad, como se ha fundado al num. 48. parece indefectible, que no pueden dezirse probadas las causas propuestas en el decreto, por medio de dos Procuradores, del q̃ le pretendiò obtener; y mas quãdo el uno era aliundè Administrador general, con las amplissimas facultades, q̃ resultan de dicha Escritura

del fol. 259. y quando las causas, que se propusieron, no eran difficilis probationis, ni de aquellas, que no pudieran averse verificado con otros testigos, que son los terminos en que solo se admiten inhabiles, ut tenet dict. Farinac. *en el tratado de testibus quæst. 62. limitat. 2. per tot.* Mascardo *conclus. 1359. etiam per tot.* Math. *de regim. cap. 8. §. 8. num. 233.* Gratian. *discept. 144. num. 28. & 374. per tot.* & alij quam plurimi citati à M. Anton. Sabelli, *verb. Testes, num. 2. & seqq.*

57 Y siendo cierto, *quod probatio debet necessariò concludere*, segun el *cap. In præsentia, de probationib. leg. Non hoc, Cod. unde legit. & quod dubia, & imperfecta non relevat, imò interpretatur contra producentem*, segun doctrina de Helio à S. Geminiano, *tract. de testib. num. 185.* parece, que con superabundancia queda convencida la insubsistencia de semejante prueva, y que no concurriò la necessaria para assumpto de tanta entidad, *quia paria sunt non fieri, vel minùs rectè, aut inutilitèr fieri*, como consta *ex leg. pen. ff. de suis, & legitim. hæred. leg. Quoties, ff. qui satisd. cogunt. leg. Si autem nullũ, Cod. de legit. hæredib.* y es regla, que asienta entre las suyas Agustin Barbos. *de axiomatib. iur. axiom. 2. per tot.* maximè quando en todos assuntos no privilegiados, como de dificil prueva, ò hechos domesticos, se necessita de testigos de mayor excepcion, como consta de la *authent. testium, Cod. de testib. illat. 7. novell. 90. cap. 1.* ibi: *Non autem, ut patefiant, quę gesta sunt, testantur plurimi, sed quatenus adhuc ampliùs occultentur, alia quidem scientes, alia pronuntiantes: hoc ipso confitentur, quia ea, quæ verè sciunt, neque volunt patefieri, neque secundum ea proferre iudicia, sed quæ numquam facta sunt, & hæc pronuntiant, & ad iudicium produci quærunt. Ideò sancimus bonæ opinionis esse opportere testes, & non quosdam artifices*

vi-

viles, vel ignobiles, neque nimis obscuros, & aliter inhabiles ad testimonium producere.

58 A esto se añade la inobservancia del contrato de censo, que se pretendiò autorizar en el decreto, por el transcurso de cerca de 30. años, pues desde el de 1692. en que se hizo el cargamiento, no se han pagado pensiones algunas, como se deduce de la misma demanda del Conde de Belchite, cuya especialidad evidencia el ningun efecto, que tuvo el contrato, respeto de que la observancia declara la naturaleza del acto, y de qualquier disposicion, ò contrato, arguyendose por ella, ò su insubsistencia, ò su eficacia, sin que aya conjetura mas poderosa, como lo asienta Fontanell. *de pact. tom.2. claus.6. glos.3. part.2. num.* 29. y el señor D. Juan del Castill. *controv. iur. cap.93. §.7. per tot.*

59 De modo, que con lo hasta aqui ponderado, quedan convencidos multiplicados fundamentos para evidencia de la nulidad del censo, y del decreto, con que se pretendiò autorizar, pues se ha visto, que el contrato fue hecho inter coniuges, constante matrimonio, contra la prohibicion de la ley; que aviendose en el cargamiento obligado solo los rentos del Marquesado de Guadalest, y generalmente los demàs bienes del cargador (en que no se comprehendieron los de fideicomisso) se le diò nueva forma à esta obligacion en el decreto, extendiendola perpetuamente contra las propriedades de dicho Marquesado, y sus successores; que padeciò el dicho decreto el vicio de obrepcion, omitiendo lo substancial, de que en aquel tiempo, yà no bastavan todas las rentas de dicho Marquesado para satisfacer los acreedores, que sobre sì tenia; con cuya inteligencia, ò no se huviera concedido la facultad, ò huviera sido mas premeditada, ò

di-

dificultosa, que es lo que basta para incurrirse dicho vicio: que consistiēdo las causas propuestas en que las 17ꝟ 200. lib. avrian servido para la ostentacion, y aparato del matrimonio contraìdo con dicha Doña Elvira, no constò, que dicho Marquesado fuera vinculo de ascendiente, cuyos bienes son los que solamente estàn tenidos à gastos de semejante calidad: que aviendose dado à entender la precision, de que por los supuestos empeños, tenia consignados, y vendidos el Almirante precedente, todos los rentos de dicho Marquesado, pagando interesses à seguro de vida, no se justificò la existencia de dichos empeños, ni que se redimiessen de las referidas 17ꝟ 200. lib. que aviendo precedido la enagenacion, eo el cargamiento de censo al decreto, no pudo èste convalidar dicha enagenacion, pues ipso facto por ella, se le adquiriò drecho al inmediato successor en los bienes vendidos: y ultimamente, que las causas que se alegaron para facilitar dicho decreto, no se justificaron, modo debito, pues solo depusieron en la informacion, dos Procuradores de dicho Almirante; y el uno con el aditamento, de ser Administrador general de todo el Estado, que posseìa en este Reyno; cuyo cumulo de nulidades, juntamente con la inobservancia del censo desde su oneracion, parece que hazen indubitable convencimiento de lo que se ofreciò probar en este primer punto.



PUNTO II.

QUE AUN, CASO NEGADO, QUE EL censo estuviesse legitimamente impuesto, y obligados à su responsion los posseedores del Marquesado de Guadalest, cobrando todos los Acreedores anteriores de èste, diminutamente sus creditos, en conformidad de diferentes concordias, deveria sujetarse à ellas el Conde de Belchite de necessidad.

60 PAra proceder con la devida claridad en este segundo punto, se deve suponer por hecho veridico, que asi el referido Don Isidro Thomàs Folch de Cardona, precedente Almirante, como sus antecessores Marqueses de Guadalest, pagaron por concordia à los Acreedores censalistas de dicho Marquesado, diminutamente sus creditos, desde el año 1662. variandolas, segun el aumento, ò diminucion de los rentos de dicho Marquesado, gastos precissos de èl, y demàs circunstancias, que ocurrian al tiempo de efectuarse, y precediendo siempre decretos de la Real Audiencia para las convocaciones, y demàs diligencias regulares, segun consta por la que se estipulò entre dichos Acreedores, y Don Sancho Ruiz de Liori Folch de Cardona, á los 12. de Mayo de dicho año 1662. que se halla en los autos al fol. 335. por la que efectuò con los mesmos Acreedores dicho Don Isidro Thomàs, à los 31. de Mayo del año 1697. que se halla al fol. 299. y ultimamente, por la que el Almirante actual convino con dichos Acreedores, el dia 15. de Junio del año passado 1721. en la Cofadria de S. Jayme de esta Ciudad, para cuyo dia fue citado personalmente dicho Conde de Belchite, en fuerça de Real Provision, dirigida á la Corte, y Villa de Madrid,

y con efecto compareciò Francisco Carrasco su Procurador, quien como à tal se hallò presente à dicha cha concordia, y la protestò, segun todo consta de los autos, que separados se siguen sobre este assunto, en la misma Real Audiencia.

61 Esto supuesto, y que el no bastar los rentos de dicho Marquesado à la satisfacion de los referidos Acreedores, fue la causa final de que estos conviniessen en dichas concordias, cobrando diminutamente sus creditos, parece indefectible la precision de averse de sujetar à ellas el Conde de Belchite, por ser aquellos la mayor parte en numero, y en cantidad, maximè quando son igualmente censalistas, è hypotecarios; text. *in leg. 19. ff. ad municip. leg. Iuris gentium, 7. §. Hodie, ff. de pactis, cap. fin. de his quæ fiunt à maior. part. capit.* Urceol. *de transaction. quæst. 85. per tot.* Gratian. *discept. 721. num. 12. & seqq.* D. Salgad. *in labyrinth. part. 2. cap. 30. num. 65.* Rodrig. *de Privileg. creditor. in 1. part. de concurs. num. 39. & seqq.* Antun. Portug. *de donationib. Reg. tom. 2. lib. 3. cap. 12. num. 81. & 92.*

62 La razon de esta Jurisprudencia se funda, en que la mayor parte de los Acreedores, puede disponer de iuribus singulorum, porque quando la cosa es comun à muchos, ut singulis, la injusta contradicion de algunos, no puede quitar, ni impedir la justa voluntad de los mas, como lo expressa Gratian *discept. 222. num. 2.* ibi: *Concedere dilationem, vel remittere partem debiti, est in electione creditorum, & si sunt discordes, statur maiori parte; est enim speciale, ut in hoc casu maior pars possit disponere de iuribus singulorum, cum enim quod est commune pluribus, ut singulis, injusta contradictio aliquorum, non tollit effectus iustę voluntatis aliorum, in eo quod est opportunum agi pro re*

com-

communi. Leg. Si cum dotem, verſ. Quid ſi is Pater, ff. ſolut.matrim.

63 Y aun ſon mas formales, y preciſsivas las palabras del text. *in leg.fin. Cod.qui bon.ced.poſſeſſ. verſ. Quotidie*, ibi: *Quotidie dubitatur, ſi quidam ex creditoribus voluerunt quinquinnales dare inducias, alij autem iam nunc ceſsionem accipere vellint, qui audiendi ſint? In tali itaque dubitatione, nemini putamus eſſe ambiguũ, quod ſentimus, & quod humaniorem ſententiam pro duriore eligimus, & ſancimus, ut ex cumulo debiti, vel ex numero creditorum cauſa iudicetur: Et ſi quidem unus creditor aliis omnibus gravior in ſumma debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis, & debitis eorum computatis, ipſe alios antecellat, ipſius ſententia obtineat: Si vero plures ſint creditores ex diverſis quantitatibus, etiam nunc amplior debiti cumulus minori ſumme præferatur; ſivè par, ſivè diſcrepans numerus eſt creditorum, cum non ex frequentiſsimo ordine fœneratorum, ſed ex quantitate debiti cauſa trutinetur. Pari autem quantitate debiti inventa, diſpari vero creditorũ numero, tunc amplior pars creditorum obtineat, ita ut quod pluribus placeat, hoc ſtatuatur. Si vero indique æqualitas emergat, tam debiti, quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant ſententiam, nulla quidem differentia inter hypothecarios, & alios creditores, quantũ ad hanc electionem obſervanda.*

64 Animaſe eſte concepto juridico, de otra razon igualmente ſuſtancial, contraìda à los terminos de nueſtra contingencia, pues ſi ſe repàra en el credito del Conde de Belchite, ſe hallarà, que tuvo origen en el año 1692. y por conſiguiente, que es poſterior á todos los del Eſtado de Guadaleſt; ſegun lo qual, fuera notabiliſsima deſproporcion, y quedarian vulneradas todas las leyes de la equidad, ſi ſe prefirieſſe

à

à dichos Acreedores, en oposicion de la regla comun, y vulgar, *qui prior est tempore, potior est iure*, como consta del text. *in leg. Titius, 20. ff. qui potior. in pign. & hypothec. habeant.* Fontanell. *de pact. nupt. clauf. 7. glos. 2. part. 3. num. 2. & decis. 549. num. 2.* y esta, y qualquier otra equidad *est servanda inter creditores, & in omni actu,* como consta del *cap. Non licet, de regul. iur. in 6.*

65 Es tan preeminente la prerrogativa de la mayor parte de los Acreedores en cantidad, que quãdo convienen en remitirle al comun deudor alguna porcion de la deuda, ò en concederle alguna dilaciõ, se entiende hecha la misma gracia por la menor parte de los Acreedores, adhuc dissentientes, segun todos los DD. citados, & aliundè consta del text. *in leg. Maiorem partem, 8. ff. de pactis, dict. leg. ult. Cod. Qui bonis ceder. poss.* Fontanell. *de pact. nuptial. tom. 2. claus. 5. glos. 8. part. 8. num. 42.* Cardin. de Luca *de credit. discurs. 48. num. 11.* Franco *de potestat. cap. 60. num. 28.* Bas *Theatr. Iurispr. cap. 19. num. 34.*

66 Porque segun el text. *in leg. Aliud, 160. §. 1. ff. de regul. iur.* lo asienta el J.C. Ulpiano *lib. 76. ad edictum,* en estas palabras, ibi: *Refertur ad universos, quod publicè fit per maiorem partem*; y lo confirma el señor Crespì *en la observacion* 112. *n.* 1. ibi: *Quod maior pars curiæ efficit, pro eo habeatur, ac si omnes egerint: Unde in Consiliis, in Collegiis, & aliis corporibus, quæ legitimam Universitatem constituunt, id obtinet, quod maiori parti placeat.* Y en lo especifico de Acreedores, Sabelli *verb. Transactio, num.* 13. Rotta *decis. 244. num. 25. & 26. part. 16. recent.*

67 Solo se limita la Jurisprudencia, que và fundada, para con aquel de los Acreedores, que no huviere sido citado, con emplazamiento formal à semejan-

jantes concordias, assentando, que no deveria sujetarse á ellas el no citado, por la regla comun, *res inter alios gesta, aliis noscere non debet*: pero deven considerarse dos generos de Acreedores; unos ciertos, y otros inciertos; de los quales los primeros deven citarse nominatim, aut personalitèr; y los segundos basta que se citen per proclama; ita Salgad. *in labyrinth. part.* 1.*cap.*8. *num.*2. Olea *de cession. iur. tit.*4. *quæst.*2.*num.*28. Gratian *discept.*359.*num.*29.& *discept.*489. *num.*12.& 13.

68 Esto supuesto, deve advertirse, que en la concordia del año 1662. no pudo, ni deviò citarse el Conde de Belchite, porque entonces no era Acreedor: en la que se hizo en el año 1697.tampoco, pues aunque el censo se cargò por el referido Don Isidro Thomàs, en el año 1692. à favor de dicha Doña Elvira de Navarra su consorte, suponiendo, que el capital de las 17U200. era parte de la dote de aquella, se declarò successor de dicha dote el Conde deBelchite, y del vinculo, que de ella formò Don Melchor de Navarra, à los 16. de Octubre del año 1698. segun resulta de los autos desde el fol.70.hasta el 79. inclusivè, con que en el año 1697. en que se estipulò la segunda concordia, tampoco era Acreedor, y si lo era, incierto, y no conocido por tal, en cuya consequencia, ò no deviò citarse, ò bastò, para que le causasse perjuizio la concordia, la citacion per proclama, que con decreto de la Audiencia se hizo, para averse de efectuar, segun las doctrinas acordadas al num.67.

69 Luego si solamente era Acreedor cierto, al tiempo de estipularse la ultima de el año 1721. y para ella fue citado personalmente, parece, que deve confessarse de necessidad, la precission de averse de sujetar á lo que en ella se convino por todo el res-

to de los Acredores; sin que perjudique el aver protestado por medio de su Procurador, pues esta particularidad no es impeditiva de la observancia de lo convenido por la mayor parte, respeto de que si el protestarla, pudiera impedirla, serìan ilusorias todas las leyes, y dotrinas ponderadas; à que se añade, que para semejante protesta, necessitava el Procurador de poder especial; y no aviendole exhibido, ni constando, que le tuviesse, quedò sin eficacia su protesto; Iranzo *in praxi protestat. cap.*21. *num.*8. Gratian. *discept.*193. *num.*16. y es tan precissa la ostension del poder, que no basta para suplir este defeto, la subsiguiente ratificacion del principal; ut ex Bart. Decio, Casadoro, & aliis, tenet Hodierna ad Surdum *decis.* 215. *num.*9. & D. Larrea *decis.*92. *num.* 8. *tom.* 2.

70 A mas, que con independencia de lo dicho, la protestacion, de qualquier modo, solo sirve, para que quede explicado el animo del dissenso al acto, en que se interpone, como lo expressa el mismo Iranzo *cap.* 17. *num.*15. *ex leg. Et si quis*, 14. *§. Plerique, ff. de Religios. & ex leg. Pro hærede*, 20. *ff. de adquir. hæredit.* Y tambien sirve, para que no se entienda concedida aquella espera, y remission, que haze la mayor parte de los Acreedores, y pueda el protestante, suo in loco, & tempore, impugnarla, oponiendo los vicios de obrepcion, de fraude, de nulidad, ò los demàs del drecho, ut tenet dict. Iranzo *cap.*60. *num.* 11. *&* 12.

71 Pero en el *num.*25. de la misma question 60. establece por universal el dictamen, de que aunque dissienta, y proteste la menor parte, subsiste lo deliberado por la mayor, en estas palabras, ibi: *Similis concessio facta à maiori parte creditorum, aliis etiam creditoribus non consentientibus, preiudicat. Ex leg. ultim. Cod. qui bon. ceder. poss. & hæc opinio in praxi est com-*

mu-

muniter recepta, apud omnia tribunalia, & illa intelligenda erit dummodo citentur omnes creditores, tam absentes, quam præsentes, & in uno loco simul congregentur, cum de omni intereſſe agatur, nam in his, quæ sunt communia pluribus, ut singulis, & in quibus maior pars præiudicat minori, prout in hoc casu, de substantia actus est omnium citatio. Leg. Et suum hæredem, §. Hodie, ff. de pactis, leg. Si præcedente, 58. ff. mandat.

72 Y en el *num.* 28. ibi: *Quemadmodum si maior pars creditorum, in eodem loco congregatorum, pascipantur cum debitore de remittendo illi certam debiti partem, tale pactum minori parti creditorum noscebit. Leg. 7. §. Hodie, 19. cum leg. Maiorem, 8. leg. Si plures, 9. & leg. Rescriptum, 10. ff. de pactis, Osuald. lib. 22. com. cap. 4. litt. V,* Dueñas *regul.* 295. Gratian. *discept.* 222. *num.* 6. & 26. Melo *de induciis, quæst.* 34. *num.* 35.

73 Y aunque se diga, que el cargamiento de censo, que se otorgò en el año 1692. por Don Isidro Thomàs, à favor de Doña Elvira su consorte, y el decreto con que posteriormente se autorizò, fueron actos executados en tiempo de Fueros, y que hallandose establecido en el 57. *de iure emphitheut.* y en el ultimo de las Cortes del año 1652. que la mayor parte de los Acreedores en cantidad, no podia perjudicar à la menor, que tenia creditos hypotecarios, en la remission de la deuda del comun deudor, obstarian estas disposiciones municipales, al drecho comun, en que estriva la universalidad del dictamen fundado.

74 Se responde con la patente satisfacion, de que la ultima concordia se estipulò en el mes de Junio de este año 1721. precediendo legitima citacion personal del Conde de Belchite, quien asistiò por medio de su Procurador para protestarla; y estando en este tiempo abolidos los passados fueros, è intro-

du-

ducidas las Reales leyes de Castilla, que en este assunto son comprobantes del drecho comun, no puede operar lo establecido en los fueros, si que se deve correr con lo que se previene en dichas Reales leyes, iuxta text. *in leg.3.& leg.7. Cod.de legib.*

75 Y que las leyes Reales, contesten con el drecho comun, en quanto à la precision de sujetarse la menor parte de los Acreedores á la remission, ò espera, que la mayor en cãtidad le hiziere al comun deudor, consta expressamente por dos leyes de Partida, que son la 5. & 6. *tit.* 15. *part.*5. comprehendiendo la primera lo que toca á conceder dilacion, ò espera, en estas palabras, ibi: *Siendo alguno deudor de muchos, si ante que desemparasse sus bienes, los juntasse en uno, y les pidiesse, que le diessen un plazo señalado, à que les pagasse; y si todos no se acordassen en uno, y oiga la mayor parte de ellos, maguer los otros no se lo podiessen otorgar, aquellos decimos, que se deven entender, que son mayor parte, que han mayor quantìa en los debdos; y si fuesse desacuerdo entre los unos, queriendo otorgarle el plazo, & los otros diziendo, gelo no otorgarian, mas que pagasse, ò desemparasse los bienes; entonces, si fueren iguales en los debdos, y en cantidad de personas, deve valer lo que quisieren los que le otorgan el plazo, porque semeia, que se mueven à fazerlo, por piedad que han de èl: E si per aventura fuessen iguales personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deve valer.*

76 La segunda comprehende lo perteneciente à la remission de alguna parte de la deuda, y dize assi: ibi: *Quando el debdor, à aquellos, à quien debiesse algo, ante que les desemparasse sus bienes, que le quitassen alguna partida de lo que les devia, y que les pagaria lo otro; è si por ventura fuesse desacuerdo entre ellos, queriendo los unos quitarle alguna cosa, & los otros no,*

aquello deve valer, y ser guardado, en razon de quitamento, en todas las cosas, que diximos en la ley ante de esta, en razon del plazo, que pidiesse; è aun dezimos, que maguer alguno de aquellos, à quien deviesse algo, no estuviesse delante, quando los otros le quitassen alguna partida del debdo, que por todo esso, deve valer, lo que fizieron, y no lo pueda revocar aquel solo, &c.

77 Estas dos leyes, las explican, y extienden indistinctè, contra la menor parte de Acreedores hypotecarios en cantidad, el señor Salgad. *in labyrinth. part.2.cap.30. num.65.* Antun. Portug. *de donationib. Reg. tom.2. lib.3. cap.12. num.81.* y Rodrig. *de privileg. credit. 1. part. de concurs. num.39. cum seqq.* y consta de las ultimas palabras del text. *in leg. ultim. Cod. qui bon. ced. poss.* que và citado al *num.63.* ibi: *Nulla quidem differentia inter hypothecarios, & alios creditores, quantum ad hanc electionem observanda.*

78 De modo, que quando la transaccion es racional, no fraudulenta, ni colusiva, y se executa por la mayor parte de verdaderos Acreedores en cantidad, pro dirimendis littibus, y los detrimentos de un concurso, es universalissimo, è indefectible, que deven precissamente sujetarse los demàs, segun lo siente, acordando casi todos los text. que se han ponderado, Urceol. *de transactionib. quæst.85. num.5.* ibi: *Et prima opinio procedit, quando transactio utilis est, ut potè quia agitur de dirimendis littibus, quorum favore, sufficit consensus maioris partis, & propterea, eo casu, transactio facta à maiori parte creditorum, valet, & tenet, & minorem partem arctat ad illius observationem, ut tenent omnes DD. citati.*

79 Pues aunque algunos han querido dezir, que la transaccion es acto voluntario, y que por este motivo, no podria comprehender al que la disintiesse,

satisface à este argumēto el mismo Urceol. *dict. quæst.* 85. *num.* 9. ibi: *Nec obstat, quod actus transactionis sit voluntarius, quia quando actus est utilis, & validus, præiudicat minori parti, nisi ostendatur, quod ille sit irrationabilis, & lesivus; redarguere autem de irrationabilitate ipsam transactionem, quando illa tendit, & facta fuit ad derimendas littes, & controversias motas, vel movendas, est res valde impropria, quoniam magnum consequitur lucrum, qui à litte discedit, ut millies dictum est in hoc tractatu, & in specie Rotta coram Coccino, decis.* 572. *num.* 3. & 4. & *decis.* 1284. *n.* 2. & 3.

80 Y que en nuestro caso medie de lleno el favor de dirimendis littibus, motis, & movendis, es realidad mas patente, que la luz del dia, respeto de que siendo el credito, que pretende el Conde de Belchite, originado en el año 1692. y por cōsiguiente posterior al de todos los Acreedores, si estos se viessen preferidos, y experimentassen, que en perjuizio de su prioridad, no se sujetava, como ellos, à las concordias, no puede negarse, que en virtud de los capitulos, que en ellas ay prevenidos, y en fuerça de la prelacion, que les corresponde, usarian de su drecho; y apartandose de dichas concordias, ni avria para unos, ni para otros, en todos los rentos del Marquesado de Guadaleſt; y haziendose un concurso universal, deducidos los alimentos del posseedor, y los cargos reales de dicho Marquesado, quedarian todos de peor condicion: luego si se evitan estas precissas consequēcias, deve confessarse, que concurre toda la causa final, que haze subsistentes semejantes concordias, para que se evite la infelizidad de los pleytos, ut habetur *in Ecclesiast. cap.* 8. *Quicumque ergo vult vitam ducere fœlicem, fugiat littes: abstinete à litte, & minues peccata.*

81 Y

81 Y en muchiſsimos reſcriptos de diferentes Summos Pontifices, ſe dizen eſtas palabras: *Ex tranſactionibus ſummum bonum tota conſequitur Reſpublica, ex quo citiùs littibus finis imponitur, reducuntur cives ad concordiam, tolluntur odia, & rixæ, familiæ in pace conſervantur, & alia plura bona oriuntur*: Y nueſtra Madre la Igleſia, ruega al Señor, en el Hymno de la Feria ſexta, ad Veſperas, en eſtas palabras, ibi: *Diſſolve littis vincula, adſtringe pacis fœdera.* Et ad Horam Primam, & Sextam, ibi: *Ne littis horror inſonet, extingue flammas littium.*

82 Y el ſeguirſe letigios de tan mala conſequēcia, como ſe ha ponderado, fuera inevitable, en conſideracion, de que quando gravò dicho Don Iſidro Thomàs el Marqueſado de Guadaleſt con el cenſo, yà le tenia obligado à otros Acreedores, que por no aver baſtante para ſatisfacerles por entero, ſe convinieron à recibir diminutamente lo convenido en dichas concordias; y ſemejante gravamen poſterior, no les pudo perjudicar, como conſta de la *ley Debitorem, Cod. de pignorib.* ibi: *Debitorem, nec vendentem, nec donantem, nec legantem, vel fideicommiſſum relinquentem, poſſe deteriorem facere cōditionem creditoris, certum eſt.* Et aliundè lo aſsienta con infinitos el ſeñor Olea *de ceſsion. iur. & action. tit. 2. quæſt. 2. num. 1.*

83 Luego viendoſe tan ciertamente perjudicados los Acreedores, que han convenido en las concordias, y cobran diminutamente ſus creditos, es preciſſo, que ſe opongan à la pretenſion del Conde de Belchite, con el abſoluto drecho de prioridad, que les favorece; en cuyos terminos, el pleyto, y los perjuizios ſeràn probables, & in potentia proxima, y no fundados en calumnia, que es lo que ſe requiere para la valididad de la tranſaccion, como lo aſsienta con in-

infinitos dict. Urceolo en el referido tratado *de transactionib. quæst. 2. num. 12.*

84 Estas consideraciones, acreditan la indispensable precission, con que el Conde de Belchite deve sujetarse à lo concordado por todo el resto de los Acreedores, maximè quando los mas son Comunidades Eclesiasticas, y por su anterioridad deven, en qualquier tiempo, preferirse, no solo en lo que toca à sus capitales, sino tambien en los vencidos hasta el dia de oy, segun las palabras del J. C. Sævola *in leg. 18. ff. qui potior. in pignor. habeant. lib. 1. responsor.* ibi: *Qui prior est tempore in sorte, intelligitur etiam esse prior in usuris.*

85 Con lo qual parece, que queda convencida la proposicion, de que, caso negado, que deviesse reputarse por credito legitimo, el del Conde de Belchite, estaria obligado à sujetarse à lo convenido por la mayor parte de los Acreedores en cantidad, coronando este segundo punto, con las palabras de Urceol. *dict. quæst. 85. num. 10.* ibi: *Actus quando est utilis, & licitus, quamvis etiam deberet fieri per omnes, tamen intelligitur factus ab omnibus, quando factus fuit à maiori parte, ne detur occasio difficiliùs, & rarò expediendi negotia, si admitteretur unius, vel paucorun contradictio, quia ferè semper adsunt aliqui ex hominibus, qui dissentiunt, prout observat Gratian. discept. 271. num. 19. & ante num. 16. refert illud Aristotelis, quod pravus est socius, qui impedit commune opus, nam quod gestum est à congregatis, per maiorem partem, valet, etiamsi agendum fuisset per omnes, cum ista dictio omnes intelligatur, iuxta subiectam materiam, idest, maioris partis: gloss. in leg. Nulli, vers. Duæ partes, ff. quod cuiusque universit. Thom. decis. 297. n. 33. adden. ad Burat. decis. 573. num. 22.*

PUN-

PUNTO III.

EN QUE SE PROPONEN, Y SATISFACEN las objecciones contrarias.

OBJECCION I.

86 POdrà dezirse por parte del Conde de Belchite, que todas las nulidades propuestas en el punto primero de este papel, contra el cargamiento de censo, y contra el decreto judicial, con que se pretendiò autorizar, no procederian en el caso ocurrente, fundandose en que serìa materia difinida à su favor, por medio de la sentencia arbitral, pronunciada en la Corte, y Villa de Madrid, à los 21. de Febrero del año passado 1715. que se halla en los autos al fol. 114.B. en la que se declarò, que el Almirante actual, devia, como à posseedor del Marquesado de Guadalest, reconocer dicho censo, y pagar sus reditos caìdos à dicho Conde de Belchite, como á posseedor del mayorazgo, que de la dote de dicha Doña Elvira de Navarra, formò Don Melchor de Navarra, Duque de la Palata su padre.

SATISFACCION.

87 ESte argumento, en que consiste toda la confiança de la otra parte, tiene facilissima satisfaccion, y se funda en el mismo compromisso, que precediò à la referida sententia arbitral, pues examinada la contextura de dicho compromisso, se hallarà, que en èl no se disputò la existencia del censo, corriendo con el concepto erroneo, de que era verdadero cargo del Marquesado de Guadalest, y que estava legitimamente impuesto, por lo que no se propusieron, ni alegaron razones algunas, sobre los

vicios, que padecia la impoſicion en ſu origen, pretendiendo unicamente, que eſtaria extincto, y ſatisfecho con las 34. mil libras de bienes libres de la adote de dicha Doña Elvira, quien quiſo en ſu ultima diſpoſicion, que dicha quantìa, que es la que entrò de bienes libres al matrimonio, quedaſſe en poder de ſu madre, Doña Franciſca Torralto, y Aragon, para reintegrar el mayorazgo, que de los 90. mil peſos de dicha dote, fundò dicho Duque de la Palata; aſsi cōſta del miſmo compromiſſo, à las foj. 133. y 134.

88 De que ſe deduzen dos coſas: Lo primero, el ſupueſto error; y lo ſegundo, que los Juezes arbitros no pudieron eſtimar para la ſentencia, razones que no ſe alegaron, ni deduxeron en el compromiſſo; y aſsi en quanto à dichas nulidades, no puede ſubſiſtir la ſentencia, porque qualquiera debet eſſe conformis libello, ſegun el text. *in leg. ut fundus, ff. Comm. dividund. leg. final. Cod. de fideicommiſſ. libert. cap. Licet de ſymonia,* Larrea *deciſ.* 42. *num.* 34. & 38. Carleval. *tit.* 1. *diſp.* 2. *num.* 964. Roſa *conſult.* 23. *num.* 25.

89 Y es la razon, porque deviendoſe ſentenciar ſecundum allegata, & probata, como conſta del *cap. Dilectus, del cap. Accepimus, del cap. Contingit de fide inſtrument. y del cap. Paſtoralis, §. Quia verò de officio deleg. leg. Adoptio, ff. de adoptionib. leg. Illicitas, 6. §. Veritas, ff. de officio Præſid.* ſe convence, que no aviendoſe hecho merito de dichas nulidades en el compromiſſo, no induxo en quanto à ellas deciſsion la ſentencia arbitral; porque el Juez no pudo ſentenciar ſobre lo no articulado, ni deducido, como conſta de la *ley Ut fundus,* 18. *ff. commun. divid. in his verbis,* ibi: *Quia ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere non poteſt poteſtas Iudicis;* y de las palabras del text. *in leg. Si ex teſtamento, 20. ff. de except. rei iudicat.* ibi: *Nec*

ob-

obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec Iudex in iudicio sensisset.

90 Y que el no averse propuesto nulidades algunas en el compromisso, contra el censo, por aver creìdo con error, que estava legitimamente impuesto, no induzga cosa juzgada, en perjuizio del Almirante actual, ello mismo se manifiesta, porque sobre lo que no huvo duda, ni se alegò, no pudo aver sentencia, como lo escrive en terminos Sabelli *summ. divers. tract. verb. Transactio, num.* 31, donde por limitacion de la regla contraria, dize asi: ibi: *Secùs autem, si de tali errore nulla precessit dubitatio, nam tunc partes credendo summam promissam, esse verè debitam, non potest dici transactum super errore, qui se adsit, retardat executionem instrumenti, quantumvis executivi, quia cũ excludit consensum, resistit origini obligationis ex contratu, vel quasi.*

91 De manera, que con aquellas palabras: *Nam tunc partes credendo sumam promissam esse debitam, &c.* y en las que se subsiguen al mismo *num.* citando la *decis.* 192. de Bich. ibi: *Quia stante errore, de quo non precessit dubitatio, non potest dici de eo transactum*, se resuelve en terminos, lo que ocurre en nuestra contingencia, pues por creer, que el censo era legitimo, y que estava verdaderamente obligado á su responsion el Marquesado de Guadalest, no se dudò de esto en el compromisso; y por esta razon, no pudo en quanto à ello operar el laudo; y se convence de la expression, con q̃ difine la sentencia el mismo Sabelli *verb. Sentẽtia, n.* 1. ibi: *Sententia nihil aliud est, quam controversiæ propositæ per Iudicem legitimè facta declaratio*; y por esso, no puede dezirse difinido aquello, que no se controvertiò, ni disputò entre las partes, segun lo assegura con la autoridad del señor Larrea, del señor

Sal-

Salgado, de Castillo, de Noguerol, y de otros, Valeron. *de transactionib. quæst.* 1. *tit.* 2. *num.* 7. en estas palabras, ibi: *Ideò non potest dici in sententia determinatum, quod non fuit prius inter partes controversum.*

92 Luego si el aver creìdo, que el censo era legitimo, y q̃ estava obligado á èl el estado de Guadalest, ocasionò, que de esto no se dudasse en el compromisso, es clara la existencia del verdadero error, por el que se prueva la falta de consentimiento, y la nulidad del acto; *leg. Si per errorem, ff. de iurisdict. omn. Iudic. leg. Sed hoc ita, ff. de aqua pluv. arcend.* pues no cabe voluntad en el que yerra; *leg. Nihil consensui, §. fin. ff. de regul. iur.* Valenz. *cons.* 27. *num.* 4. & *cons.* 11. *num.* 37. Y aun es cierto en drecho, que el consentimiento prestado por error, se tiene por contradicion: el mismo Valenz. *num.* 42. y fuera iniquidad, que dañasse lo que se dispuso por error, faltando la razon, como ponderava el Consulto en la *ley Quod non ratione, ff. de legib. dict. leg. Si per errorem,* 15. *de iurisdict. omn. Iudic.* Urceol. *de transact. quæst.* 96. *per tot.*

93 A màs de lo dicho, concurren otras razones muy favorables, para que no pueda servir de perjuizio el laudo, y consistẽ, en que este no fue consentido por las partes, antes consta, que la del Almirante actual, le contradixo, luego que tuvo noticia de las nulidades del censo; y aviendolas alegado, como à venidas de nuevo à su noticia, ante los mismos Juezes arbitros, le reservaron estos el drecho, para que las deduxesse en otro juizio, como parece de los mismos autos de compromisso al fol. 125. B. cuya reservacion, obra la especialidad, de que sin embargo de la sentencia, pudiesse esta parte proponer las referidas nulidades; y aviendolas deducido, y evidenciado

en

en este juizio, deven tenerse presentes, y sentenciarse segun ellas, sinembargo de dicha sentencia arbitral, porque esto obra la reservacion, como sienten Pedro Barbos. *claus.*137.*num.*2. Gratian. *discept.*722.*num.* 35.*&* 36. *& discept.*456.*num.*29. *& discept.* 554. *n.* 12. Surd.*decis.*163.*num.*17. y mejor que todos el señor Salgado *de Reg.protect. part.*4. *tom.*2. *cap.*7.*num.* 107.ibi: *Reservatio sicut confirmat non reservatum, ita conservat intactum, quod est reservatum, ac si nulla staret condemnatio.*

94 Luego si concurren à favor del Almirante actual, el error, que se padeciò en el compromisso, y la reservacion, que se le hizo en el laudo, es indubitado, que sin embargo de èste, ha podido alegar contra el censo las razones, que se han deducido en el primer punto, dexando por este medio, desvanecida la primera objeccion.

OBJECCION II.

95 QUe qualesquiera nulidades, de las que se han opuesto en este papel, al cargamiẽto de censo, deven reputarse de ninguna consideracion, porque aviendose subseguido el decreto, y concurriendo à su favor, la presumpcion legal, no podria impugnarse; maximè aviendo mediado cerca de 30.años, desdel dia en que se interpuso.

SATISFACCION.

96 NO se duda, que el decreto siempre se presume interpuesto, ex causa necessaria, & vera; *leg.*1. *Cod. de prædiis Decurion. sine decret. &c.* Surd.*decis.*269.*num.*26. Menoch.*de præsumption. lib.* 2.*præsumpt.*75.*num.*12. Urceol.*de transaction. quæst.* 2.*num.*76. Anton.Gob.*consult.*71.*num.*19. Melli *ob-*

serv.57.num.6. Escob. *de Nobilit.quæst.15.§.3.num.45.* Sessè *decis.422.num.423.* Anton. de Luc. *in animadv.ad Gratian. cap.153.num.4.* Y tambien se confiessa, como à cierto, que tiene à su favor la presumpcion legal, de ser hecho solemnitèr, & ritè, como ademàs de los DD. referidos, lo sienten el Card. de Luca *de alienationib.decis.28.sub num.6.& decis.31.num.5.* Leotardo *de usuris quæst.40.num.60.* Cyriac. *controv.196.num.94.95.&* 182. Rotta *decis.34.num.10.& 20. part.8. recentissim.* Simonc. *de decret. lib.3. tit.8. num.46.*

97 Pero al mismo passo, es cierto, è indubitado, que estas presumpciones ceden à la verdad, y que toda la vez, que se justifique falsa causa, ù otro genero de vicio, quedan absolutamente desvanecidas, como lo expressa el mismo Simoncell. *dict.lib.3.num.57.& seqq.* donde aviendo propuesto la regla general, dize assi: ibi: *Declaratur primo, ut procedat ubicumque intervenit debitum temporis intervallum: Declaratur secundò, ut non procedat quando fuit subreptum, vel obreptum: Tertiò declaratur non præsumi pro decreto, quando pars plenè non edocuit Iudicem de negotio: Quartò declaratur, quando in tali decreto esset error manifestus, seu vitium visibile: Quintò declaratur, nisi alia probatio urgentior, vel certa excluderet hanc præsumptionem.*

98 Y en el *num.52.* concluye el discurso con estas palabras, ibi: *Quando igitur constat contrarium eius, quod dicitur in decreto Iudicis, non est standum decreto, tamquam prolatum ex falsis causis, & falsis allegationibus; quo casu est nullum, & obreptitium, & perindè habetur, ac si non fuisset interpositum.* Conque aviendose probado en la primer parte de este papel, las multiplicadas nulidades, que padece el que se obtuvo para autorizar el cargamiento de censo, queda desvaneci-

da

da la presumpcion legal, que le podia favorecer, porque esta subsiste, como và fundado, *alio non edocto.*

99 Y que el Almirante actual sea persona legitima para impugnarle, se convence, de que la nulidad de qualquier acto, solo puede alegarse por aquel, à cuyo favor està introducida; Hermosilla *in leg.*4. *tit.* 5. *part.*5. *glos.*7. *num.*11. & 12. Gratian. *discept.*27. *num.*39. Surdo *decis.*70. *num.*22. & *decis.*108. *num.*7. Quesada de Pilo *dissertat.*9. *num.*10. Grivel. *decis.*105. Carol. Anton. de Luca *in animadvers. ad Gratian. cap.* 27. *num.*9. & *seqq.*

100 De manera, que siendo posseedor actual del Marquesado de Guadalest, que su antecessor hypotecò al censo, licèt indebitè, no puede negarse, que es à quien toca de lleno el perjuizio; Fusar. *quæst.*554. 558. & 559. Altograd. *cons.*69. *num.*27. & 28. *lib.*2. Peregrin. *de fideicommiss. art.*14. *num.*8. & *art.*40. *n.* 6. & *seq.* Petra *eod. tract. quæst.*14. *num.*309. Urceol. *consult.*100. *num.*41. Rotta *part.*11. *recent. decis.*274. & *part.*12. *decis.*310.

101 Y por consiguiente, el drecho de impugnar el decreto, y el cargamiento que con èl se pretendiò autorizar, porque no ay otra persona, à quien mas principalmēte le pertenezça esta accion; *leg. Filio preterito, ff. de iniusto rupto*, Castejon *in alphabet. verb. Nullitas, num.*18. Card. de Luca *de fœudis discurs.*10. *num.*8. & *de alienat. discurs.*37. *num.*5. Vela *dissert.*14. *num.*34. Salgado *in labyrinth. part.*1. *cap. fin. num.*41. & 42. Crespì *observ.*29. *num.*2.

102 Y respeto de hallarse en tiempo para poderlo hazer, tiene menos dificultad, assi por la reservacion contenida en la segunda sentencia arbitral (de que se ha hablado) como porque los decretos se expiden per usum voluntariæ iurisdictionis, segun assienta

ta

ta Math.*de regim.Reg.Val. cap.*11.§.6.*num.* 49. Marescot.*variar.lib.2.cap.1.num.*51. D.Salgad. *de Regia protect.part.2. prælud.5. num.*215. & *cap.*14.*num.*1. & 2. y por esso siempre se entiende sin perjuizio de tercero.

103 Por manera, que en quanto al Almirante actual, que no le instò, ni fue citado al tiempo de su interposicion, siempre deve considerarse de ningun efeto, *tamquam res inter alios acta, quia factum tertij, aliis noscere debet; leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de pactis, leg. de pupillo, §. Si plurium, ff. de novi operis nunciat. leg. Non debet alteri, ff. de reg. iur.*

104 Y se funda la razon de esta Jurisprudencia, en que semejantes decretos son actos extrajudiciales, que nunca passan en autoridad de cosa juzgada, pues no contienen sentencia, ni partes, ni absolucion, ni condenacion; y asi, nihil mirùm, que pueda impugnarles, en todo tiempo, qualquiera que se sienta perjudicado, como consta de las palabras del text. *in leg. Et si præses, Cod. de prediis, & aliis reb. min.* ibi: *Et si Præses Provinciæ decreverit alienandum, vel obligandũ pupilli suborbanum, vel rusticum prædium, tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem eius, probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaveris.*

105 Quien lo comprehende cõ los mismos terminos, es el referido Salgad. *dict. tract. tom.* 1. *part.* 2. *cap.* 14. *num.* 19. ibi: *Cæterum ista decreta nullius sunt præiudicij, cum semper intelligantur concessa cum clausula absque præiudicio tertij, & hinc est, ut confirmans nihil novi dat, et si aliquem actus patiebatur defectum ultra confirmationem, posteà etiam intelligitur durare, & afferi.* Y en el *num.* 21. ibi: *Et ideò quandocumque de læsione, & præiudicio doceatur, reponuntur, & revocan-*

cantur, ut latißimè Covarrub. lib. 2. variar. cap. 17. à num. 2.

106 Y aun con mayor formalidad al *num.* 22. ibi: *Nam cum iſta decreta ſunt actus extraiudiciales, ubi interponuntur, non tranſeunt in rem iudicatam, quia nec ſunt ſententiæ, nec acta iudicij, nec continent condemnationẽ, ſeu abſolutionem, ut ſupra latißimè cap. præcedenti diximus, & evidenter probabilibuſque rationibus, & authoritatibus, verum reſolvimus; nec interveniunt in vim iudicij, ſed in vim cuiuſvis alterius ſolemnitatis alicuius contractus, ſeu actus, prout teſtis, Tabellio, præſentia conſanguineorum, licentia patris, &c. ac ideò nihil mirùm, ut illæſſum, & integrum maneat ius, intereſſe, & præiudicium partium.*

107 Y que el decreto, para que tenga fuerça, y autoridad de coſa juzgada, deva obtenerſe en contradictorio juizio, & non per uſum voluntariæ iuriſdictionis, conſta del text. *in leg. Ex ſtipulatione, Cod. de ſentent. & interlocut. omnium Iudic. leg. Iudices, Cod. de iudiciis*; y lo afirma con Vancio, Felino, Tuſch. Scacc. Giurba, Hermoſilla, y otros, Valeron *de tranſactionib. tit.* 1. *quæſt.* 6. *num.* 15. en eſtas palabras, ibi: *Nam ut decretum Iudicis rei iudicatæ robur habeat, mature, exactè, & cum cauſæ cognitione, & in contradictorio iudicio expediri opportet, aliàs non tranſit in iudicatum.* Conque deve confeſſarſe de neceſsidad, que aunque no mediàra la reſerva del ſegundo laudo, que ſe ha inſinuado, à favor del Almirante actual, eſtaria en eſtado de impugnar el decreto, dexando enteramente deſautorizada, y ſatisfecha eſta ſegunda objeccion.

OBJECCION III.

108 QUe deviendoſe conſiderar el credito del Conde de Belchite, con el privilegio

 de

de dotal, no eſtaria tenido à ſujetarſe à la concordia, maximè quando èſta ſe deve preſumir fraudulоſa, por averſe obtenido pendiente el pleyto.

SATISFACCION.

109 ESte argumento contiene dos partes, pero entrambas de ninguna conſideracion, porque en quanto à la primera, el credito dotal no tiene eſpecialidad alguna contra la mayor parte de los Acreedores, que ſon igualmente hypotecarios, aunque concurran en otro juizio ſeparado, reſpeto de que ſolo ſe mira à la anterioridad de la hypoteca, para con los que tambien la tienen expreſſa; Fontanell.*de pact.nupt. clauſ.*7.*gloſ.*2.*part.*4.*num.*7. y en la miſma gloſſa *part.* 3. *num.*2. ibi: *Reſpectu autem aliorum creditorum ſimilem hypothecam expreſſam habentium, nullam habet mulier prærrogativam, ſive privilegium, aut prælationem, ſed in eis ſervatur regula, qui prior eſt tempore, potior eſt iure, prout etiam probavi pluribus in citato loco, non eſt opus repetere, cum regulæ ſint vulgares.*

110 Y contrayendo la eſpecie, à lo particular de concordia, hecha por la mayor parte de Acreedores en cantidad, lo trae en terminos, Gratian.*diſcept.* 222.*num.*32. ibi: *Dezimo poterit cogi creditor ex cauſa dotis ad concurrendum in dilatione conceſſa per maiorem partem, quamvis enim cauſa ſit privilegiata, ita ut non comprehendatur in dilatione facta per Principem; tamen iſtud eſt, quia ſumus in dilatione ex gratia conceſſa, ideò debet ſtrictè intelligi, ut non comprehendat caſus privilegiatos; ſecùs autem quando conceditur dilatio per maiorem partem creditorum, qua in nititur iuſtitiæ per text. in leg.fin. Cod.qui bon.ced.poſſ. cuius diſpoſitio etiam cõtra dotem procedit, & ſic ceſſat ęquitas onerum matri-*

mo-

monij , ſtante lege ſcripta, quę licèt riguroſa, præfertur æquitati non ſcriptæ: leg.Placuit, Cod.de Iudic.

111 A mas, que el referido credito no puede conſiderarſe dotal,pues aunque dimana de la dote de dicha Doña Elvira,quedò transfundido en el fideicomiſſo, que de ella ſe formò, y yà le faltan los privilegios de ſubſtinenda onera matrimonij, y demás de la dote; y aunque eſtos ſe le pudieran conſiderar , compitiendo con Acreedores igualmente privilegiados, por ſer Comunidades Ecleſiaſticas, caſi todos los que han firmado en las concordias, ſerviria de ningũ perjuizio el argumento, *quia privilegiatus , adverſus pariter privilegiatum , non utitur privilegio ſuo ; leg. Sed Milites, verſ.1. & 2.ff. de excu. tutor. leg. Verum, §. Sciendum, ff.de minor. leg.Aſsiduis, Cod. qui pot. in pignor. habeant. leg.Privilegia, ff.de privileg.*

112 Y que no pueda dezirſe credito dotal , ſe evidencia, reſpeto de què aunque de la dote de dicha Doña Elvira deNavarra, ſe formò el fideicomiſſo,que poſſee el Conde de Belchite, èſte no es hijo,y heredero de la ſuſodicha, ſi que tiene cauſa de una hermana de aquella,primer llamada, y ſubſtituìda en dicho fideicomiſſo, como conſta de los miſmos drechos,que ha deducido; de que ſe evidencia aver ceſſado los privilegios de credito dotal, pues eſtos, es notoria Juriſprudencia, que no paſſan al heredero eſtraño : aſsi lo afirma, como à indubitado,Fontanella *de pactis clauſ. 7.gloſ.2.part.10.num.*42. donde preguntando ſobre la trãſmiſsion de eſtos privilegios,dize eſtas palabras, ibi: *Reſpondeo quod ad filios ſic , non ad extraneos , hæc enim eſt diſtinctio, quæ fit circa tranſmiſsionem, & trãſlationem privilegiorum dotalium, ut habetur in leg. 1. Cod. de privileg. dot. & ibi Gloſſ. & optimè noviſsimè Franc.Stephan.Gall. deciſ.28.Et hoc iam non habet diffi-*

ficultatem ullam, cum in Senatu inconcussè recipiatur, quod solum filiis hæredibus matris, concedantur ista privilegia, ut docent Cancer, Olib. & alii.

113 Y que quando es estraño el que pide la dote, no le sufraguen à aquel los privilegios de credito dotal, lo asientan por comun, à mas de los mencionados en el num. antecedente; Surd. *de aliment.tit.1. quæst.44.num.69.*Barbos.*in leg.1.part.6.num.3.ff.solut.matrim.* Olea *de cession.iur. tit.6.quæst.2.num.24. cum seqq.* Ripoll *variar. cap. 10. num. 296.* Acost. *de privileg. creditor.reg.2. ampliat.6. num.130.* Rodrig. *de concurs.creditor. art.1.num.85.*Merlin.*de pignorib. lib.3.tit.2.quæst.47.num.13.* Rosa *de dote cap.12. nu. 4.cum seqq.* de Luca *tom.2.de dote,discurs.166. n.95.* Altimar.*de nullitatib.tom.5.rubric.1.part.3.quæst.35. num. 925.* Y aviendose probado antecedentemente, que aunque el supuesto credito tuviera el ideado privilegio, no pudiera obstar à la concordia hecha entre Acreedores de hypoteca expressa, y anterior, parece que con superabundancia queda satisfecha la primer parte de esta objeccion.

114 La segunda tiene menos dificultad, porque en el dia 20.de Abril del año 1717. yà estava tanteada la concordia, que se hizo en el de 1721. y se convocaron todos los Acreedores, quienes hizieron nominacion de Eletos, para que la efectuassen, como consta de las diligencias insertas en dicha ultima concordia; y siendo estas muy precedentes à la execucion, y embargo, que se despachò á instancia del Conde de Belchite, queda excluìda qualquier presũpcion, que pudiera resultar de averse efectuado pendiente el pleyto, maximè quando fue citado personalmente, y es cierto en drecho, que la fraude no se presume, como lo respondiò el J. C. Ulpiano *in leg.*

Quo-

Quoties, §.*Qui dolo*, *ff.de probationib.* & *in leg.Merito*, *ff.pro ſocio.*

115 A que ſe añade, que la que ſe ſuele practicar en las concordias de ſemejante eſpecie, conſiſte de ordinario, en ſuponer creditos aparentes, para ſuperarles en cantidad contra los Acreedores de menor ſuma; y eſto eſtà bien ageno de nueſtros terminos, porque ha muchiſsimos años, que ſe pagan por concordia los Acreedores del Marqueſado de Guadaleſt; y aunque no fuera aſsi, no puede preſumirſe, ſin temeridad, que el Almirante actual, y ſus Acreedores, que los mas ſon Comunidades Ecleſiaſticas, ſe valieſſen de medio, que no fueſſe muy decente, y Chriſtiano; y por eſſo el drecho deduce la preſumpcion, ò excluſiva de la fraude, ex qualitate perſonarum, como lo aſsienta Maſcardo *de probationib. concl.*815. *num.*11.

116 Eſto procede con mas fuerça, quando por la concordia no ſe pretẽde hazer la menor novedad, antes es mas beneficioſa à los Acreedores, que la antecedente; y aviendo ſido citado para ella el Conde, y eſtando ideada antes de la execucion, deve preciſſamente ſujetarſe à lo que en ella ſe eſtipulò, ſegun lo que và fundado en el ſegundo punto de eſte papel; à mas, que el averſe efectuado pendiente el pleyto, no es de conſideracion, quando aſsi los textos del drecho comun, como las leyes Reales, que conceden la prerrogativa à la mayor parte de los Acreedores en cantidad, hablan indiſtinctamente; eſto es, la ley 19.*ff.ad municip. la ley Iuris gentium*, §. *Hodie*, *la ley Maiorem partem*, 8. *ff.de pactis*, *leg.ult.Cod.qui bon.ced.poſſ.la ley* 5.& 6.*tit.*15.*part.*5. y otras, con diferentes doctrinas que ſe han ponderado.

117 Y siendo regla, q̃ *quando lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, *leg. De pretio, ff. de public. act. leg. Illam, Cod. de collation.* no ay terminos para fundar la diversidad, maximè quando la cession de bienes, y la espera, y remission de la mayor parte de Acreedores, se dizen remedios miserables, y se executan por lo regular, quando el comun deudor està reconvenido, y executado, sin necessitarse de mas formalidades, que la de obtener, eo solicitar la espera, ò la remission, antes de ceder sus bienes, juntando à todos los Acreedores en un lugar, para que se trate, y resuelva el negocio; en cuyo caso, la mayor parte perjudica á la menor, y si alguno estuviesse ausente, basta citarle, y sino pareciere, se puede hazer sin èl, segun comentando dichas leyes Reales, lo dizen Bolaños *in Curia Philipica part. 2. §. 24. num. 2.* Paz *in prax. tom. 1. part. 4. cap. 6. num. 1.* Villadiego *in Policica cap. 2. num. 165.* con todos los demàs, que ván citados en el segundo punto.

118 Es tan cierto este dictamen, que hasta aora ninguno ha dicho, que por estar executado, y reconvenido el comun deudor, deva privarse de concordar con la mayor parte de sus Acreedores, pues antes este beneficio, franqueado por drecho comun, y leyes Reales, no tuvo otro fin, que el ocurrir à la opression de semejantes deudores; y si el estar presos, y reconvenidos, les inhabilitasse de dicho beneficio, resultaria notable desproporcion, contra los mismos piadosos fines de la ley; por manera que la 5. y 6. de la partida 5. titulo 15. que ván acordadas à los numeros 75. y 76. solo previenen la essencialidad de que se obtenga, y efectùe la concordia antes de desamparar, ò ceder sus bienes, en estas palabras, ibi: *Quando el debdor*

bdor à aquellos à quien deviere algo, ante que les desamparasse sus bienes, pidiesse que le quitassen alguna partida de lo que les devia, è si por ventura fuesse desacordado entre ellos, aquello deve valer que hiziesse la mayor parte,&c.

119 De modo, que siendo cierto, que en todo el drecho, solo se hallan exceptuados de poder concordar con sus Acreedores, los que huvieren desamparado, y cedido sus bienes, como resulta de las leyes mencionadas, y los decoctos, que dolosamente los alzan, y ocultan, segun la ley 2. y la ley 6. del *titulo 19. de la Recopilacion*, en estas palabras, ibi: *Otrosi, mandamos, que qualquiera iguala, conveniencia, transaccion, ò remission que sea hecha despues de assi alzados, con los dichos sus Acreedores, no vala, &c.* Se deduce por legitima, è indefectible consequencia, que no puede, ni deve entenderse la prohibicion contra el comun deudor, que solo estuviere convenido, eo executado, quando se ha visto, que à los de esta especie, les quiso con especialidad el drecho favorecer, y ocurrir, pues se seguiria la desproporcion de que lo concedido por privilegio, retorqueretur in odium, contra la disposicion del text. *in leg. Nulla iuris ratio, 24. ff. de legib. leg. Quod favore, Cod. eod. tit. cap. Quod ob gratiam, 61. de regul. iur. in 6.*

120 A mas, que como se ha dicho al num. 110. yà en el dia 20. de Abril del año passado 1717. estava tanteada, y resuelta la concordia, que se efectuò, y perficionò en el de 1721. y por consiguiente antes de despacharse la execucion, y embargo, que instò el Conde de Belchite; y aunque se huviesse ideado posteriormente, serviria de ningun perjuizio, pues se ha hecho infalible demostracion, de que el comun deudor,

dor, despues de executado, y reconvenido, y aun despues de preso, puede concordar con la mayor parte de sus Acreedores, como lo execute segun ley, y sin engaño, fraude, ni colusion; y no aviendose probado nada de esto contra el Almirante actual, antes estando muy ageno de podersele atribuir, pues en primer lugar no ha podido fingir ninguno de los creditos concordados, por averles contraìdo todos, sus antecessores Marqueses de Guadalest; en segundo lugar no puede dezirse, que la concordia se avria hecho con animo de causarle perjuizio particular al dicho Conde, quando todos los Acreedores del dicho Marquesado, sobre ser anteriores, como se ha visto, estàn sujetos à la diminucion de lo estipulado; y por ultimo, no puede dezirse, acto nuevamente inventado, è introducido, quando desde el año 1662. cobran por concordia los referidos Acreedores, segun las que ay presentadas en los autos; cuyas circunstancias son notoriamente exclusivas de toda fraude; y como èsta *ac fraudandi animus, de iure non præsumatur, cum esset præsumere delictum*, se deduze por legitima consequencia, que aquel que la alega, la deve probar concluyentemente, como à fundamento de su intencion; *leg. Actor, Cod. de probationib. leg. Qui accusare, Cod. de edendo, leg. Quoties, §. Qui dolo, ff. de probation. leg. Merito, ff. pro socio*, Rotta *decis.* 747. *apud Farinac. num.* 4. *part.* 2. *recent.* Fontanell. *de pact. nuptial. tom.* 2. *claus.* 14. *& fin. gloss. unica part.* 1. *num.* 43.

121 Luego sino se ha convencido, adhuc præsumptivè, que se aya hecho con dolo la ultima concordia, efectuada por todos los referidos Acreedores, con el unico, y particularisimo dissentimiento di-

dicho Conde, ſe acredita ſu injuſta contradicion, y ſe haze preciſſo el repetirle, y acordarle ſegunda vez, las palabras de Urceolo, que con la autoridad de Ariſtoteles van expreſſadas al num.85.ibi: *Actus quãdo eſt utilis, & licitus, quamvis deberet fieri per omnes, tamen intelligitur factus ab omnibus, quando factus eſt à maiori parte, nec detur occaſio difficiliùs, & rarò expediendi negotia, ſi admitteretur unius, vel paucorum contradictio, quia ferè ſemper adſunt aliqui qui diſſentiunt, prout obſervat Gratian. diſcept.721. num. 19. & ante num.19. refert illud Ariſtotelis: quod pravus eſt ſocius, qui impedit commune opus.*

Por cuyos legales fundamentos eſperan los referidos Almirante, y ſus Acreedores cenſaliſtas, que ſe declararà por inſubſiſtente el credito del Conde de Belchite; y que en caſo de parecer legitimo, que no ſe cree, ſe mandarà ſujetar à lo que ſe han ſujetado los referidos Acreedores, por medio de las concordias, no obſtante ſu antelacion, y prioridad. Salva ſemper, &c. Valencia, y Enero 7.de 1722.

Doct. Joſeph Salvador Hereu.